
Conclusions of the Working Group meeting on enforcement of judgments

DRAWN UP BY THE PERMANENT BUREAU

Preliminary Document No 19 of November 1992

Introduction

1 For the meeting of the Special Commission on general affairs and policy of the Hague Conference on private international law held from 1-4 June 1992, the United States delegation proposed that the Conference undertake work on a convention dealing with the recognition and enforcement of foreign judgments. The proposal was received with interest. After considerable discussion, the Special Commission decided that the matter should be considered by a small Working Group.¹ The Group met at The Hague from 29-31 October 1992 and comprised the following experts:

Mr A. Boggiano (Argentina)
Mr Li Haopei (China)
Mr Zhang Kening (China)
Mr A. Amer (Egypt)
Mr G. Möller (Finland) (chair)
M. J. Lemontey (France)
Mr T. Bán (Hungary)
Mr J. A. C. Watherston (United Kingdom)
Mr P. M. Beaton (United Kingdom)
Mr P. H. Pfund (United States)
Mr A. T. von Mehren (United States)
Mr P. D. Trooboff (United States)
Mr G. Parra-Aranguren (Venezuela).

2 The Working Group was charged with preparing a report dealing with the following issues: is the topic an appropriate one for the Conference to take up? If so, what are the advantages of an approach in the form of a convention dealing only with recognition and enforcement (a so-called *convention simple*, 'single' convention) as compared with one in the form of a convention that addresses not only recognition and enforcement but also the assumption of jurisdiction to adjudicate (a so-called *convention double*, 'double' convention)? Or, as the United States had proposed to the Special Commission, and explained in more detail in a paper submitted to the Working Group, would a mixed form, incorporating elements of both single and double conventions, be preferable?

3 The Group unanimously recognized the desirability of attempting to negotiate multilaterally through the Hague Conference a convention on recognition and enforcement of judgments. With rapidly expanding commercial contacts worldwide, the legal uncertainty, delays and costs caused by the absence of a general enforcement of judgments convention are likely to interfere increasingly with the needs of trade and business. The Group also recognized that a 'single' convention, such as the *Hague Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, would fall short of meeting present needs. Such a convention addresses directly only recognition and enforcement of foreign decisions; it does not affect the assumption of jurisdiction by the original court, or at most indirectly: judgments that do not rest on a jurisdictional basis accepted by the convention are not entitled to recognition and enforcement under the convention. The Group expressed a preference for an approach in the direction of a 'double' convention, such as the (revised) *Brussels Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* and the parallel *Lugano Convention of 16 September 1988*. A double convention regulates both the assumption of jurisdiction to adjudicate and the recognition and enforcement of judgments. It sets out the bases on which jurisdiction may be assumed; in its complete form, as is the case with the Brussels and Lugano Conventions, the bases for assumption of jurisdiction set out in a double convention are *exclusive*: the courts of States Parties to the convention can exercise jurisdiction in matters within the convention *only* if a convention basis is present.

4 An instrument of the double convention type, in the view of the Group, offers distinct advantages over a single convention. In particular, such a convention:

- provides more information and predictability to both parties in that it sets out grounds of jurisdiction that are accepted in each State Party to the convention, as well as grounds that are not accepted, thus making it in many cases unnecessary to review the laws of each country;
- avoids the confusion to which a single convention may give rise due to the fact that its indirect grounds of jurisdiction are sometimes wrongly understood to limit the original forum's assumption of jurisdiction to those bases;
- facilitates, both in time and expense, the recognition and enforcement of judgments, because it relies to a greater extent than a single convention on the findings made by the original court.

5 While favouring the model of the double convention, the Group felt that a complete double convention of the Brussels/Lugano type, appropriate as it may be in a regional framework, would be overly ambitious in the context of the broad Hague Conference membership. The Group especially thought that it would be attempting too much in a worldwide context:

- to require the court of origin to assume jurisdiction only on the grounds specified in the convention; and

¹ See *Conclusions of the Special Commission of June 1992 on general affairs and policy of the Conference*, drawn up by the Permanent Bureau, Preliminary Document No 18, for the attention of the Seventeenth Session, *supra*, p. 253. See also *Some reflections of the Permanent Bureau on a general convention on enforcement of judgments*, Preliminary Document No 17, for the attention of the Special Commission of June 1992, *supra*, p. 231.

– que le tribunal de l'Etat requis doit exécuter toute décision du tribunal d'origine sans en contrôler les chefs de compétence, même lorsqu'il s'agit d'un chef de compétence défini comme exorbitant par la convention².

Par conséquent, le Groupe a exprimé une préférence pour une convention qui offrirait certains des avantages d'une convention double, tout en ayant une plus grande flexibilité que ne le fait une convention du type de Bruxelles/Lugano.

6 L'idée consiste donc à faire une convention:

– qui, comme la convention double, contienne une liste de chefs de compétence sur lesquels le tribunal d'origine *serait obligé*, au moins en principe, (sous réserve de la question du *forum non conveniens*, voir *infra* No 12), de se reconnaître compétent, la «liste blanche»;

– qui, comme la convention double, contienne une liste des chefs de compétence pour lesquels les Etats parties sont *obligés de décliner leur compétence* (chefs de compétence «exorbitants»), la «liste noire»;

– qui, contrairement à la convention double complète, autorise le tribunal d'origine à se reconnaître compétent sur la base de chefs de compétence ni approuvés par la convention dans la «liste blanche», ni condamnés par la «liste noire» ne figurant pas dans la convention («la zone grise»). En d'autres termes, la liste blanche ne serait *pas exhaustive*.

Selon ce système, l'Etat devant lequel est invoquée la reconnaissance serait:

– *obligé* d'exécuter la décision, lorsque la compétence du tribunal d'origine est fondée sur un chef de compétence figurant sur la «liste blanche»;

– *obligé* de refuser la reconnaissance et l'exécution, lorsque le tribunal requis a *établi* que la décision était exclusivement fondée sur un chef de compétence figurant sur la «liste noire»;

– *libre* d'exécuter ou non une décision fondée sur un chef de compétence figurant dans la «zone grise».

Contrairement à ce que la Convention de Bruxelles/Lugano prévoit, l'Etat requis serait *autorisé à contrôler* les chefs de compétence sur lesquels le tribunal d'origine s'est fondé ou aurait pu se fonder (c'est-à-dire vérifier leur base juridique, sans réexaminer les constatations de fait sur lesquelles ce tribunal a fondé sa compétence).

Champ d'application d'une telle convention

7 Un consensus est apparu au sein du Groupe sur le point suivant: le champ d'application de la future convention sur la compétence et l'exécution des jugements devrait s'étendre aux matières civiles et commerciales, en particulier aux jugements portant sur une contestation pécuniaire, mais pas nécessairement à ceux-ci uniquement. En outre, les termes «matière civile et/ou commerciale» nécessiteront d'être clarifiés. Les questions relatives à l'état des personnes (relations familiales ou génétiques) devraient, en principe, être exclues.

² C'est, à quelques exceptions près, ce qu'exigent les Conventions de Bruxelles et de Lugano – cf. article 28 des deux Conventions.

Quant à certaines matières délicates, telles le droit de la concurrence ou le droit antitrust, leur possible insertion devra faire l'objet d'une étude complémentaire (voir *infra* No 11).

Chefs de compétence qui pourraient être acceptés

8 Le Groupe a ensuite passé en revue les chefs de compétence qui pourraient être inclus dans la «liste blanche». Le Groupe s'est entendu pour considérer qu'une attention particulière devait être accordée aux chefs de compétence suivants:

a le domicile et/ou la résidence habituelle du défendeur ou, pour les personnes morales, le siège social et/ou le lieu de constitution et/ou l'établissement principal;

b un établissement commercial ou industriel ou une succursale dans le cadre de contestations relatives à leur activité;

c la propriété immobilière située dans l'Etat d'origine, pour autant que l'action porte principalement sur une question de droit réel immobilier (par exemple: propriété, usufruit, hypothèque);

d la compétence spéciale en matière d'obligations alimentaires; le Groupe semble préférer ne *pas* inclure une règle de compétence spéciale semblable à celle de l'article 5(2) de la Convention de Bruxelles/Lugano³. Bien sûr, cela laisse ouvert le problème de l'inclusion ou non dans le champ d'application de la convention des obligations alimentaires, y compris les jugements pour arriérés d'aliments (ce point a été abordé, mais aucune conclusion n'a été tirée);

e le lieu du délit; le Groupe a considéré d'une part qu'il serait trop restrictif de limiter ce chef de compétence aux cas où l'auteur du fait dommageable était présent sur le lieu du délit⁴, mais d'autre part, que reconnaître à la fois la compétence du tribunal du pays où le fait dommageable est survenu et celle du tribunal du pays où le dommage est subi⁵, pourrait être trop vaste dans le contexte d'une convention à portée mondiale;

f la prorogation de for; elle ne devrait pas comporter les limitations de la Convention de La Haye de 1971⁶. L'article 17 de la Convention de Bruxelles/Lugano pourrait servir de modèle à la rédaction d'un tel article;

g la comparution du défendeur sans qu'il décline la compétence du tribunal d'origine; certaines limites figurant à l'article 10(6) (règle de compétence indirecte) de la Convention de La Haye de 1971 pourraient être nécessaires;

h la demande reconventionnelle (cf. l'article 6(3) de la Convention de Bruxelles/Lugano); les autres chefs de compétence de l'article 6 (codéfendeurs, demandes en garantie ou en intervention, action en matière contractuelle jointe à une action en matière de droits réels) ont été considérés incompatibles avec une convention à portée mondiale;

³ En résumé: le tribunal du lieu où le créancier d'aliments a son domicile ou sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une demande accessoire à une action relative à l'état des personnes, le tribunal compétent pour connaître de cette action.

⁴ Comme le fait l'article 10(4) (chef de compétence indirecte) de la Convention de La Haye de 1971.

⁵ Voir article 5(3) de la Convention de Bruxelles, tel qu'interprété par la Cour de Justice des Communautés européennes, affaire 21/76, 30 novembre 1976, *Bier B.V. c. Mines de Potasse d'Alsace* (1976) Rec. p. 1735.

⁶ Article 10(5) (chef de compétence indirecte) «... à moins que le droit de l'Etat requis ne s'y oppose [au choix du tribunal] à raison de la matière».

– to require the court requested to enforce the judgment to do so without examination of the grounds of jurisdiction on which the original court had based its judgment – even if it were an ‘exorbitant’ ground of jurisdiction.²

The Group, therefore, expressed a preference for a convention which would offer some of the advantages of a double convention, while at the same time having a greater degree of flexibility than that available with a convention of the Brussels/Lugano type.

6 The idea is then that this convention would:

- like a double convention, contain a list of grounds upon which the court of origin would, at least in principle (the question of *forum non conveniens* being reserved, see No 12 *infra*), be *required* to assume jurisdiction, the ‘white list’;
- like a double convention, contain a list of grounds on which States Parties are *required not* to assume jurisdiction (‘exorbitant’ grounds of jurisdiction), the ‘black list’;
- unlike the complete double convention, allow the court of origin to assume jurisdiction on grounds neither approved by the convention in the ‘white list’ nor disapproved in the ‘black list’ (the ‘grey area’); in other words, the ‘white list’ would *not* be an *exhaustive* list of grounds of jurisdiction.

Under this system, the State where recognition is sought would:

- be *required* to enforce a judgment when jurisdiction of the original court was based on one or more jurisdictional grounds from the ‘white list’;
- be *required* to refuse recognition and enforcement, if the court addressed *determined* that the judgment presented was exclusively based on a jurisdictional ground from the ‘black list’;
- be *free* to enforce, or not to enforce, a judgment based on a jurisdictional ground within the ‘grey area’.

Contrary to the Brussels/Lugano Convention, the court addressed would be *allowed* to review the grounds upon which the jurisdiction was based or could have been based (*i.e.* the legal grounds, without re-examining the findings of fact upon which the original court had based its jurisdiction).

Scope of a possible convention

7 There was a consensus among the Group that the substantive scope of a future convention on jurisdiction and enforcement should extend to civil and commercial matters, in particular – but not necessarily limited to – money judgments. It was admitted that the term ‘civil and/or commercial matters’ would need clarification. Questions of personal status (family or genetic relationships) should in principle be excluded. The question of whether sensitive matters such as antitrust or competi-

tion law should or should not be included would require further study (see No 11 *infra*).

Grounds of jurisdiction that might be admitted

8 The Group next considered the possible grounds of jurisdiction to be included in the ‘white list’. There was consensus that the following grounds deserved careful consideration:

a the habitual residence and/or domicile of the defendant, or if the defendant is not a natural person, its seat (headquarters) and/or place of incorporation and/or principal place of business;

b the location of a business establishment or branch office in connection with proceedings arising from business transacted by such establishment or branch office;

c the location of immovable property in the State of origin, where the action had as its primary object the determination of rights *in rem* (*e.g.* ownership, usufruct, mortgage);

d special forum for maintenance; the Group was inclined *not* to favour inclusion of a forum such as Article 5(2) of Brussels/Lugano.³ Of course, this would leave open the question of whether matters related to maintenance (including judgments for arrears in payment of maintenance) should or should not be included in the scope of the convention (this problem was also discussed, but no final conclusion was reached on this point);

e place of the tort; it was felt on the one hand that, limiting this ground of jurisdiction to the case where the author of the injury or damage was present in the territory where these facts occurred,⁴ would probably be too narrow an approach. On the other hand, to admit that both the courts of the country where the damage or injury occurred and of the country where the harmful event was sustained had jurisdiction⁵ might be too broad in the context of a worldwide convention;

f choice of court (‘prorogation’); this should not have the limitations of the 1971 Hague Convention.⁶ Article 17 of Brussels/Lugano could possibly serve as a model;

g appearance by the defendant without contesting jurisdiction; some form of the limitations of Article 10(6) (indirect ground) of the 1971 Hague Convention might be needed;

h counterclaims (*cf.* Article 6(3) Brussels/Lugano); the other grounds of Article 6 (plurality of defendants; actions on a warranty or guarantee; actions in contractual matters combined with actions *in rem*) were considered not to be appropriate in a worldwide convention;

² This is, with a few exceptions, the rule of the Brussels and the Lugano Conventions – see Article 28 of both Conventions.

³ In short: the court of the place of domicile or habitual residence of the maintenance creditor, or, if the matter is ancillary to proceedings concerning personal status, the court dealing with those proceedings.

⁴ As Article 10(4) (indirect ground of jurisdiction) of the 1971 Hague Convention does.

⁵ As the Court of Justice of the European Communities, case 21/76, 30 November 1976, *Bier B.V. v. Mines de Potasse d’Alsace* (1976) ECR p. 1735, interpreted Article 5(3) of the Brussels Convention.

⁶ Article 10(5) (indirect ground) ‘... unless the law of the State addressed would not permit such an agreement [on choice of court] because of the subject-matter of the dispute’.

i les contrats; le Groupe n'est parvenu à aucune conclusion définitive quant à l'introduction d'une règle de compétence spéciale pour les contrats dans la liste «blanche». Il n'a pu décider non plus si, en cas d'introduction d'une telle règle, le tribunal compétent devrait être celui du lieu de conclusion ou celui du lieu d'exécution du contrat. Cependant, le Groupe fut d'accord pour dire que si une telle règle de compétence était introduite, il faudrait examiner de manière critique l'opportunité de permettre la multiplicité des compétences selon les différentes obligations découlant du contrat, comme cela a été fait dans la Convention de Bruxelles/Lugano, article 5(1) tel qu'interprété par la Cour de Justice des Communautés européennes⁷;

j le domicile ou le lieu d'établissement du trust; il est souhaité que ce chef de compétence soit introduit, mais aucun accord n'a été conclu sur la forme;

k éventuellement, la résidence habituelle du consommateur dans certains contrats conclus par les consommateurs, ou le lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail pour les contrats individuels de travail;

l d'autres chefs de compétence: par exemple le siège d'une société ou autre personne morale en matière de validité ou dissolution de ces entités; le lieu de l'enregistrement de brevets ou de marques, etc. (cf. article 16 de la Convention de Bruxelles/Lugano).

9 Certains des chefs de compétence ci-dessus énumérés pourraient avoir un caractère exclusif (par ex.: *c*, *f*, ou *j supra*; *c* et *j* l'emportant sur *f*). Cela signifie que lorsqu'un tribunal d'un Etat partie à la convention, autre que celui auquel est attribuée la compétence exclusive selon la convention, est saisi, il devra décliner sa compétence (ainsi, il ne peut, dans ce cas, se reconnaître compétent sur la base d'un chef de compétence, soit figurant sur la liste blanche soit se trouvant dans la «zone grise»).

Chefs de compétence qui pourraient être exclus

10 L'ensemble du Groupe a considéré que l'inclusion dans la «liste noire» des chefs de compétence suivants devrait être examinée avec une attention toute particulière:

a la présence de biens du défendeur comme chef de compétence générale; il n'y a pas eu d'accord quant aux exceptions qui pourraient être faites⁸;

b la nationalité du demandeur;

c le domicile/la résidence habituelle du demandeur, sauf dans certains cas, lorsqu'ils constituent des chefs de compétence qui pourraient être reconnus;

d le fait de «traiter des affaires» («*doing business*»); en tant que chef de compétence générale; ce chef figure à l'article 4 *d* du Protocole Additionnel à la Convention de La Haye de 1971, en tant que chef de compétence indirecte, sur la base duquel la reconnaissance et l'exécution doivent être refusées. Il n'apparaît pas dans la liste des chefs de compétence exclus de l'article 3 de la Convention de Bruxelles/Lugano. Mais ceci s'explique par le fait que «traiter des affaires» n'a jamais constitué

un chef de compétence reconnu par les pays membres de la CEE ou de l'AELE. L'on n'est pas parvenu à un consensus quant à l'inclusion de ce chef de compétence dans la «liste noire» de la future convention;

e l'assignation faite au cours d'un séjour temporaire du défendeur: ce chef de compétence figure à l'article 4 *e* du Protocole Additionnel. Il apparaît aussi à l'article 3 de la Convention de Bruxelles/Lugano en tant que chef de compétence exclu pour les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat contractant; il n'y a pas eu un plein consensus pour une exclusion de ce chef de compétence de la future convention;

f la désignation unilatérale du tribunal par le demandeur, notamment dans un contrat conclu par des consommateurs, par exemple une facture (c'est-à-dire sans accord exprès du défendeur);

g d'autres.

Domaines particuliers

11 Certains domaines présentent des difficultés particulières, comme par exemple:

- le droit antitrust/le droit de la concurrence;
- le droit de l'environnement;
- la responsabilité du fait des produits;
- les dommages-intérêts se rapportant aux domaines précédents et autres, par exemple délits en général: nature et montant.

Des problèmes peuvent apparaître dans ces domaines tant au niveau de l'attribution de la compétence qu'au niveau de la reconnaissance et de l'exécution. Les solutions possibles à ces problèmes ont été discutées de manière approfondie, en particulier à la lumière des développements de la jurisprudence de certains Etats membres⁹. Mais aucune conclusion définitive n'a été tirée.

Forum non conveniens

12 Le Groupe a reconnu qu'une étude complémentaire serait nécessaire pour décider s'il est souhaitable d'autoriser les tribunaux d'un Etat partie à la nouvelle convention à décliner leur compétence dans le cas particulier où l'action ne présente pas de liens suffisants avec cet Etat. Une telle pratique n'est, en principe, pas autorisée dans la Convention de Bruxelles/Lugano.

Précision quant aux chefs de compétence

13 Il a été suggéré que, dans la nouvelle convention, possibilité soit donnée à une partie de demander au tribunal d'origine de préciser dans son jugement les chefs de compétence sur lesquels le tribunal s'est fondé ou a pu se fonder.

Litispendance

14 Il a été reconnu que cette question serait particulièrement importante dans le contexte d'une nouvelle convention, en raison du fait que la liste des chefs de

⁷ Voir, entre autres, CJCE, 6 octobre 1976, affaire 12/76, *Tessili c. Dunlop* (1976) Rec. p. 1473; 6 octobre 1976, affaire 14/76, *De Bloos c. Bouyer* (1976) Rec. p. 1497; 26 mai 1982, affaire 133/82, *Ivenel c. Schwab* (1982) Rec. p. 1891; 15 janvier 1987, affaire 266/85, *Schenavai c. Kreischer* (1987) Rec. p. 239.

⁸ Par exemple lorsque la demande porte sur la possession desdits biens, ou est relative à un autre litige les concernant, ou encore lorsque le litige concerne une créance garantie sur lesdits biens par une sûreté réelle (cf. article 4 *a* (chef de compétence indirecte) du Protocole Additionnel à la Convention de La Haye de 1971).

⁹ Voir Bundesgerichtshof allemande, 4 juin 1992, affaire No IX ZR 149/91, refusant l'exécution de dommages «exemplaires» pour des motifs d'ordre public mais approuvant l'exécution de la condamnation à payer des dommages-intérêts pour cause de douleur et souffrance, même si les tribunaux allemands n'avaient pas, dans un cas pareil, attribué plus qu'un dixième de la somme allouée par les tribunaux américains.

i contracts; no final conclusion was reached as to whether to include a separate ground of jurisdiction for contracts in the 'white list' and, if so, whether that ground should be based on the place of the conclusion or of the execution of the contract. However, there was a consensus that if a special ground were to be included, there should be a critical examination of the desirability of having a multiplicity of courts for the different obligations resulting from the contract as in Article 5(1) of Brussels/Lugano as interpreted by the Court of Justice of the European Communities;⁷

j the domicile or place of establishment of trusts; there was general support for inclusion of this ground, but no agreement as to its precise form;

k possibly: the habitual residence of the consumer in some consumer contracts or the place where the work is carried out in some individual employment contracts;

l other grounds of jurisdiction: *e.g.* seat of a company or association in matters concerning the existence or dissolution of those bodies; place of registration of patents and trademarks, etc. (*cf.* Article 16 Brussels/Lugano).

9 Some of the grounds of jurisdiction to be admitted might have an *exclusive* character (*e.g.* grounds *c*, *f* or *j supra*; *c* and *j* prevailing over *f*). This would mean that, where a party sought to seize a court of a State Party to the convention other than a court having exclusive jurisdiction under the convention, the court would have to decline jurisdiction (in other words: in that case it could not assume jurisdiction on any ground be it in the white list or in the 'grey area').

Grounds of jurisdiction that might be excluded

10 There was consensus that the following grounds of jurisdiction deserve careful consideration for inclusion in the 'black list':

a the presence of property of the defendant as a ground of *in personam* jurisdiction; there was no consensus on the extent to which any exception should be made;⁸

b nationality of the plaintiff;

c the habitual residence/domicile of the plaintiff, except in special cases included among the grounds of jurisdiction that might be admitted;

d 'doing business' as a ground of general jurisdiction; this ground appears, as an indirect ground of jurisdiction which should lead to refusal of recognition and enforcement, in Article 4 *d* of the Supplementary Protocol to the 1971 Hague Convention; it does not appear on the list of excluded grounds of jurisdiction of Article 3 of Brussels/Lugano, but this is because 'doing business' has never been an accepted ground of jurisdiction in any EC or EFTA State. There was not a full consensus on

whether this ground should be included among those to be excluded by the future convention;

e service of writ upon the defendant during his temporary presence; this ground appears in Article 4 *e* of the Supplementary Protocol; it also appears as an excluded ground of jurisdiction as to persons domiciled in a State Party, in Article 3 of Brussels/Lugano. There was not a full consensus on whether this ground should be included among those to be excluded by the future convention;

f unilateral specification of the forum by the plaintiff especially in consumer contracts (notably in an invoice), *i.e.* without express acceptance by the defendant;

g others.

Special problem areas

11 It was recognized that there were certain areas which present special problems, *e.g.*:

- anti-trust law/competition law;
- environmental law;
- products liability;
- damages in relation to the foregoing areas and others, *e.g.* torts generally – types and quantum.

These areas may give rise to problems at the stage of assumption of jurisdiction and/or of recognition and enforcement. An extensive discussion took place concerning possible solutions, including recent developments in case law in some Member States,⁹ but no final conclusions were reached.

Forum non conveniens

12 It was recognized that further study was needed concerning the desirability of allowing courts of a State Party to the new convention to decline jurisdiction in certain cases where the action was not sufficiently connected to that State. Under Brussels/Lugano, there is, in principle, no room for this practice.

Specification of grounds of jurisdiction

13 The suggestion was made that, under the new convention, the plaintiff might ask the court of origin to specify in its judgment the grounds upon which the court has assumed jurisdiction, or might have assumed jurisdiction.

Lis pendens

14 It was agreed that this issue would take on a special importance in the context of a new convention, in view of the fact that the list of admitted jurisdictional grounds

⁷ See, *inter alia*, CJEC, 6 October 1976, case 12/76, *Tessili v. Dunlop* (1976) ECR p. 1473; 6 October 1976, case 14/76, *De Bloos v. Bouyer* (1976) ECR p. 1497; 26 May 1982, case 133/82, *Ivenel v. Schwab* (1982) ECR p. 1891; 15 January 1987, case 266/85, *Shenavai v. Kreischer* (1987) ECR p. 239.

⁸ *E.g.* where the action is brought to assert possessory rights in that property, or arises from another issue relating to such a property, or the property constitutes the security for a debt which is the subject matter of the action (*cf.* Article 4 *a* (indirect ground of jurisdiction) of the Supplementary Protocol to the 1971 Hague Convention).

⁹ *E.g.* Bundesgerichtshof of Germany, 4 June 1992, Case No IX ZR 149/91, refusing enforcement of exemplary damages for reasons of public policy but allowing enforcement of order to pay compensation for pain and suffering even though German courts in similar cases would not have awarded more than one tenth of this sum.

compétence admis ne serait pas exhaustive. L'article 21 de la Convention de Bruxelles/Lugano¹⁰ pourrait éventuellement servir de modèle, mais la question dans son ensemble nécessite une étude complémentaire.

Mesures provisoires et conservatoires

15 Les mesures provisoires et conservatoires prévues par le droit d'un Etat partie, en particulier les injonctions, présentent certaines difficultés qui devront être examinées à nouveau.

Reconnaissance et exécution

16 Les dispositions relatives à la reconnaissance devront être rédigées de manière à ce que la reconnaissance se fasse le plus simplement possible. A cet effet, les mécanismes prévus à l'article 26 de la Convention de Bruxelles/Lugano¹¹ ont été considérés comme modèles possibles.

Quant au refus de reconnaissance et d'exécution, les motifs suivants devront faire l'objet d'un examen particulièrement attentif:

a l'ordre public;

b le principe de l'article 27(2) de la Convention de Bruxelles/Lugano et de l'article 6 de la Convention de La Haye de 1971 (une décision par défaut n'est déclarée exécutoire que si l'acte introductif d'instance a été notifié au défendeur dans un délai suffisant pour lui permettre de présenter sa défense); la rédaction nécessitera une discussion complémentaire;

c l'article 27(3) et (5) (décisions inconciliables) de la Convention de Bruxelles/Lugano.

Actes authentiques

17 Il a été reconnu qu'il conviendrait d'étudier dans le cadre des négociations d'une future convention la question de l'exécution des actes authentiques. Plusieurs experts ont indiqué que leurs systèmes juridiques connaissent des actes authentiques et que ces actes sont couverts par la Convention de Bruxelles/Lugano.

Bilatéralisation

18 Le Groupe a reconnu qu'il était prématuré, à ce stade des négociations, d'aborder l'importante question de l'entrée en vigueur de la convention: celle-ci devrait-elle lier tous les Etats l'ayant ratifiée ou seulement ceux des Etats ayant accepté qu'elle n'entre en vigueur que dans leurs relations mutuelles¹².

Conclusion

Le Groupe a unanimement reconnu qu'il était souhaitable d'essayer de négocier au sein de la Conférence de La Haye une nouvelle convention générale sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements. Les problèmes qui seraient abordés lors de telles négociations, et dont quelques-uns n'ont pas été mentionnés ici, ont été discutés de manière approfondie, et plusieurs solutions possibles ont été envisagées. Le Groupe a en outre conclu que la négociation d'une convention, telle que décrite ci-dessus, bien qu'elle ne soit pas facile, semble cependant techniquement possible.

¹⁰ L'article 21 des Conventions de Bruxelles et de Lugano prévoit que: «Lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'Etats contractants différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie.

Lorsque la compétence du tribunal premier saisi est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci.»

¹¹ L'article 26 des Conventions de Bruxelles et de Lugano prévoit que: «Les décisions rendues dans un Etat contractant sont reconnues dans les autres Etats contractants, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.

En cas de contestation, toute partie intéressée qui invoque la reconnaissance à titre principal peut faire constater, selon la procédure prévue aux sections 2 et 3 du présent titre, que la décision doit être reconnue.

Si la reconnaissance est invoquée de façon incidente devant une juridiction d'un Etat contractant, celle-ci est compétente pour en connaître.»

¹² Voir Document préliminaire No 17, Nos 23/24.

would not be exhaustive. Article 21 of Brussels/Lugano¹⁰ could possibly serve as a model but the issue in general would need further study.

Provisional and protective measures

15 Provisional and protective measures available under the laws of a State Party, in particular injunctions, present special problems which need to be further examined.

Recognition and enforcement

16 The provisions on recognition should be drafted so as to facilitate recognition to the greatest feasible extent. In this connection, some of the mechanisms of Article 26 of Brussels/Lugano¹¹ were considered as a possible solution.

As to the grounds for refusal of recognition and enforcement, the following were thought to deserve careful consideration:

a public policy;

b the principle of Articles 27(2) of Brussels/Lugano and Article 6 of the 1971 Hague Convention (no enforcement of a decision rendered by default, unless the defendant received notice of the proceedings in sufficient time to enable him to arrange for his defense), the actual wording needing further examination;

c Article 27(3) and (5) (irreconcilable judgments) of Brussels/Lugano.

Authentic instruments

17 It was agreed that the question of the enforcement of authentic instruments was a matter which could appropriately be considered in the context of a convention such as was being discussed, on the basis that a number of the experts indicated that their jurisdictions recognized authentic instruments, and they were matters which were already dealt with in the Brussels/Lugano Conventions.

Bilateralization

18 The Group agreed that it was premature at this stage to discuss the important question of whether the convention would enter into force among all ratifying States, or only between those States that agree that it should enter into force between them.¹²

Conclusion

The Group unanimously agreed on the desirability of attempting to negotiate through the Hague Conference a new general convention on jurisdiction and recognition and enforcement of judgments. It held very extensive discussions on issues that would arise in the case of such negotiations, including issues not mentioned *supra*, and considered a number of possible solutions. The Group also agreed that negotiating a convention along the lines sketched above, although not an easy matter, seemed to be technically feasible.

¹⁰ Article 21 of both the Brussels Convention and the Lugano Convention reads as follows:

'Where proceedings involving the same cause of action and between the same parties are brought in the courts of different Contracting States, any court other than the court first seised shall of its own motion stay its proceedings until such time as the jurisdiction of the court first seised is established.

Where the jurisdiction of the court first seised is established, any court other than the court first seised shall decline jurisdiction in favour of that court.'

¹¹ Article 26 of both the Brussels Convention and the Lugano Convention reads as follows:

'A judgment given in a Contracting State shall be recognized in the other Contracting States without any special procedure being required.

Any interested party who raises the recognition of a judgment as the principal issue in a dispute may, in accordance with the procedures provided for in Section 2 and 3 of this Title, apply for a decision that the judgment be recognized.

If the outcome of proceedings in a court of a Contracting State depends on the determination of an incidental question of recognition that court shall have jurisdiction over that question.'

¹² See Preliminary Document No 17, Nos 23/24.

Questionnaire sur la loi applicable aux virements internationaux Aperçu synthétique des réponses

ÉTABLI PAR MICHEL PELICHET
SECRÉTAIRE GÉNÉRAL ADJOINT

Document préliminaire No 20 de mars 1993

INTRODUCTION

A l'intention de la Commission spéciale de juin 1992 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, le Bureau Permanent avait préparé une *Note sur le problème de la loi applicable aux virements internationaux* (Doc. pré. No 1 de novembre 1991, voir *supra*, p. 62), dans laquelle étaient exposés brièvement les problèmes particuliers que soulèvent au plan du conflit de lois les virements internationaux. La Note suggérait entre autres qu'avant d'entreprendre des travaux en cette matière, les banques et les «systèmes de virement» dussent être consultés par voie d'un questionnaire portant sur la faisabilité et l'utilité d'une convention sur les conflits de lois.

Après discussion, la Commission spéciale de juin 1992 a décidé de charger le Bureau Permanent d'adresser avant la Dix-septième session un questionnaire aux banques et aux «systèmes de virement» et que, sur la base des résultats de cette enquête, la Dix-septième session pourrait prendre une décision (voir les *Conclusions de la Commission spéciale de juin 1992 sur les affaires générales et la politique de la Conférence*, Doc. pré. No 18 d'août 1992 à l'intention de la Dix-septième session, *supra*, p. 246).

Le Bureau Permanent a effectivement établi en septembre 1992 un *Questionnaire sur la loi applicable aux virements internationaux*, spécifiquement destiné à l'attention des principales banques et des *systèmes de virement* des Pays membres de la Conférence de La Haye. Ce Questionnaire comportait huit questions brièvement commentées; il était accompagné de la *Note sur le problème de la loi applicable aux virements internationaux* mentionnée plus haut. Les différentes banques consultées ont reçu ce Questionnaire soit par l'intermédiaire des Organes nationaux des Etats membres de la Conférence de La Haye, soit en Europe par la *Fédération bancaire de la Communauté européenne* ou en Amérique latine par la *Fédération latino-américaine des Banques (Felaban)*. Le Bureau Permanent tient à remercier ici chaleureusement ces deux Organisations qui ont bien voulu accepter de collaborer avec la Conférence de La Haye en distribuant le Questionnaire aux banques affiliées à leur Fédération. Du fait de cette double distribution, certaines banques ont reçu le Questionnaire de deux sources différentes.

A fin février 1993, le Bureau Permanent avait reçu vingt-quatre réponses. De ces vingt-quatre réponses, vingt provenaient directement de banques ou d'associations de banques, à savoir du *Bundesverband deutscher Banken* pour l'Allemagne, de la *Bank Austria*, du *Creditanstalt* et de l'*Österreichische Nationalbank* pour l'Autriche, de la *Danish Bankers' Association* pour le Danemark, de la *Federal Reserve Bank of New York* pour les

Etats-Unis, de la *Finnish Bankers' Association* pour la Finlande, de l'*Association française des Banques* pour la France, de l'*Association des Banques et Banquiers Luxembourg* pour le Luxembourg, de l'*Association des Banques norvégiennes* et de la *Norwegian Savings Banks Association* pour la Norvège, de la *National Bank of Poland* pour la Pologne, de l'*Association portugaise des Banques* pour le Portugal, de la *Swedbank*, de la *Reichsbank*, banque centrale de Suède, de l'*Association suédoise des Banques* et de la *Financial Supervisory Authority* pour la Suède, de *Telekurs A.G.* pour la Suisse, de la *Türkiye Is Bankasi* pour la Turquie et de l'*Association des Banques du Venezuela pour Felaban*.

De plus, les Organes nationaux d'Allemagne et d'Australie ont fait parvenir chacun une réponse qui est constituée de la synthèse des réponses de banques qu'ils ont directement reçues.

L'*Association of Norwegian Mortgage Banks* a fait savoir au Bureau Permanent qu'elle avait transmis le Questionnaire aux seize *mortgage banks* de Norvège, mais qu'elle n'avait reçu aucune réponse.

Enfin, le Bureau Permanent a reçu une réponse qui ne provient ni d'un Organe national, ni d'une banque: il s'agit de l'avis individuel donné par le professeur Carl Felsenfeld, dont la prise de position peut se justifier par le fait que ce professeur a été l'un des délégués des Etats-Unis aux travaux de la CNUDCI aboutissant à la loi uniforme sur les virements internationaux. Il est intéressant de relever d'ailleurs que cette réponse prend une position tout à fait différente de celle de la *Federal Reserve Bank of New York*, laquelle est pourtant co-signée par trois autres représentants des Etats-Unis lors des travaux de la CNUDCI sur la loi modèle.

Cette dernière constatation n'est d'ailleurs pas isolée: les réponses reçues de plusieurs banques d'un même pays accusent souvent des positions diamétralement opposées, ce qui semble résulter de la différence entre types de banques.

APERÇU SYNTHÉTIQUE DES RÉPONSES

Généralités

Un Gouvernement, une association de banques et une banque ont fait précéder leurs réponses d'observations générales:

a L'Organe national d'Allemagne, qui reflète les réponses reçues de la *Deutsche Bundesbank* et surtout du Comité central sur le Crédit, souligne que la *Deutsche Bundesbank* partage les craintes de la Conférence de La Haye sur les difficultés du problème de la loi applicable aux virements internationaux, mais qu'elle considère qu'il est trop tôt pour décider si une convention spéciale doit être élaborée en cette matière.

Quant au Comité central sur le Crédit, il estime qu'une standardisation dans les virements internationaux n'est pas nécessaire, ces opérations étant basées sur la liberté contractuelle. Toute tentative d'harmonisation dans le domaine aurait pour effet d'aller à l'encontre de la liberté contractuelle. Pour le Comité central sur le Crédit, les travaux effectués au sein de la CNUDCI et qui ont abouti à la Loi modèle sont suffisants, surtout si l'on songe que ces travaux seront repris par la Commission des Communautés européennes.

b Dans ces remarques générales, l'Association française des Banques considère que, compte tenu du très petit nombre d'affaires portées devant les tribunaux en matière de virements internationaux, il ne paraît pas nécessaire que la Conférence de La Haye engage des travaux

Questionnaire on the law applicable to international credit transfers

Synthesis of replies

DRAWN UP BY MICHEL PELICHET
DEPUTY SECRETARY GENERAL

Preliminary Document No 20 of March 1993

INTRODUCTION

In preparation for the Special Commission of June 1992 on general affairs and policy of the Conference, the Permanent had prepared a *Note on the problem of the law applicable to international credit transfers* (Prel. Doc. No 1 of November 1991, see *supra*, p. 63), which briefly described the particular problems of the conflict of laws which were raised by international credit transfers. The Note suggested *inter alia* that before work should be undertaken on this topic, the banks and the 'funds-transfer systems' should be consulted by means of a questionnaire dealing with the feasibility and desirability of a convention on the conflict of laws in this area.

After discussion, the Special Commission of June 1992 decided to charge the Permanent Bureau with addressing a questionnaire before the Seventeenth Session to the banks and to the 'funds-transfer systems' and that on the basis of the results of this inquiry the Seventeenth Session might take a decision (see the *Conclusions of the Special Commission of June 1992 on general affairs and policy of the Conference*, Prel. Doc. No 18 of August 1992 for the attention of the Seventeenth Session, *supra*, p. 247).

The Permanent Bureau indeed drew up in September 1992 a *Questionnaire on the law applicable to international credit transfers* specifically intended to be directed to the principal banks and funds-transfer systems of the Member Countries of the Hague Conference. This Questionnaire consisted of eight questions, each with a brief commentary; it was accompanied by a copy of the *Note on the problem of the law applicable to international credit transfers* mentioned above. The different banks consulted received this Questionnaire either through the National Organs of the Member States of the Hague Conference as intermediaries or, in Europe, through the Banking Federation of the European Communities or, in Latin America, by the Latin-American Federation of Banks (*Felaban*). The Permanent Bureau wishes to thank here warmly these two organizations which were kind enough to agree to co-operate with the Hague Conference in distributing the Questionnaire to the banks affiliated to their federations. Because of this double distribution, certain banks received the Questionnaire from two different sources.

At the end of February 1993, the Permanent Bureau had received twenty-four responses. Of these twenty-four responses, twenty came directly from banks or associations of banks, namely the *Bundesverband deutscher Banken* for Germany, the *Bank Austria*, the *Creditanstalt* and the *Österreichische Nationalbank* for Austria, the *Danish Bankers' Association* for Denmark, the *Federal Reserve Bank of New York* for the United

States, the *Finnish Bankers' Association* for Finland, the *Association française des Banques* for France, the *Association des Banques et Banquiers Luxembourg* for Luxembourg, the *Norwegian Bankers' Association* and the *Norwegian Savings Bank Association* for Norway, the *National Bank of Poland* for Poland, the *Associação Portuguesa de Bancos* for Portugal, the *Swedbank*, the *Riksbank*, central bank of Sweden, the *Swedish Bankers' Association* and the *Financial Supervisory Authority* for Sweden, *Telekurs A.G.* for Switzerland, *Türkiye İş Bankası* for Turkey and the *Venezuelan Bankers' Association* for *Felaban*.

In addition, the National Organs of Germany and Australia each made a reply which constitutes a synthesis of the replies which they directly received from banks.

The *Association of Norwegian Mortgage Banks* informed the Permanent Bureau that it had transmitted the Questionnaire to sixteen mortgage banks in Norway, but that it had received no reply.

Finally, the Permanent Bureau received a reply coming neither from a National Organ nor from a bank; this was the individual opinion given by Professor Carl Felsenfeld, whose intervention may be justified by the fact that this Professor was one of the Delegates of the United States participating in the work of UNCITRAL, which resulted in a uniform law on international credit transfers. It is interesting to note in addition that this reply takes a position entirely different from that of the Federal Reserve Bank of New York, which is however co-signed by three other persons who represented the United States during UNCITRAL's work on the Model Law. This latter observation is not at all isolated; the replies received from several banks in the same country often show diametrically opposed positions, which seems to result from the differences among types of banks.

SYNTHESIS OF THE REPLIES

General remarks

One Government, one association of banks and one bank preceded their replies by general comments:

a the National Organ of Germany, which reflects the replies received from the *Deutsche Bundesbank* and above all from the Central Credit Committee, emphasized that the *Deutsche Bundesbank* shares the fears of the Hague Conference as to the difficulties of the problem of the law applicable to international credit transfers, but that it considers that it is too soon to decide whether a special convention should be drawn up in this area.

As to the Central Credit Committee, it thinks that a standardization in international credit transfers is not necessary, these operations being based on contractual freedom. Any attempt at harmonization in this area would have the effect of going against contractual freedom. For the Central Credit Committee, the work done within UNCITRAL which resulted in the Model Law is sufficient, above all since there is the thought that this work might be taken up by the Commission of the European Communities.

b In these general remarks, the French Association of Banks considers that, taking into account the very small number of cases brought before the courts concerning international credit transfers, it does not seem necessary that the Hague Conference undertake long and difficult

longs et difficiles en vue d'élaborer une convention. Toutefois, dans l'hypothèse où les réponses reçues inciteraient la Conférence à entamer des travaux, l'Association française des Banques tient d'ores et déjà à exprimer sa préférence pour les solutions suivantes :

- les relations entre le donneur d'ordre et sa banque devraient être régies par la loi de cette banque,
- l'exécution de l'opération de virement devrait être régie par une loi unique, qui devrait être celle de la banque chargée de mettre les fonds à disposition du bénéficiaire.

c Enfin, la *Federal Reserve Bank of New York* a estimé ne pas devoir répondre aux questions et elle s'est limitée à une observation générale. La *Federal Reserve Bank* est de l'opinion que le problème du conflit de lois est important en matière de virements internationaux, mais que la règle développée par la CNUDCI, qui est d'ailleurs celle de l'article 4A de l'*Uniform Commercial Code*, est suffisante et répond aux besoins des parties. Elle ne pense donc pas que d'autres règles soient nécessaires. Néanmoins, si un consensus devait se réaliser pour entamer des travaux en vue d'une convention, la *Federal Reserve Bank of New York* aimerait être associée à ces travaux.

Question 1

Dans un virement international, et quelle que soit la modalité technique par laquelle ce virement est effectué, pensez-vous qu'une loi unique doit s'appliquer à la totalité du virement, à savoir à l'ensemble des opérations partant de la banque du donneur d'ordre jusqu'à celle du bénéficiaire?

Cette première question était sans doute la plus importante du Questionnaire de par l'influence qu'elle aurait sur la décision que la Conférence de la Haye devra prendre. En effet, si un oui massif devait résulter des réponses, la justification d'entamer des travaux au sein de la Conférence de La Haye se trouvait confortée, alors que si un non massif se dégageait, l'utilité d'entamer des travaux était fortement compromise.

Or, le résultat de la consultation montre une opinion relativement partagée, même si une majorité s'est prononcée contre l'idée d'une loi unique. En effet, sur les vingt-quatre réponses reçues, douze s'expriment résolument pour le non, la plupart du temps en estimant que faire régir par une loi unique un virement international n'était ni désirable, ni recommandable, ni nécessaire.

Certaines de ces réponses négatives sont tout de même quelque peu surprenantes et révèlent que le problème a peut-être été mal compris; en effet, la question ne visait que l'application d'une loi unique aux virements *entre banques*, soit aux *opérations* du virement, en laissant de côté le problème de la loi applicable aux relations entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire avec leur banque respective. C'est ainsi que le Comité central sur le Crédit, en Allemagne, se déclare résolument contre l'application extraterritoriale de lois nationales individuelles, arguant du fait qu'une telle application conduirait à l'incertitude quant à la loi applicable à tout transfert de fonds spécifique, car ni le bénéficiaire ni le donneur d'ordre ne serait en mesure de savoir quelle loi nationale particulière s'appliquerait dans l'espèce. Mais l'application d'une loi unique n'est-elle pas justement destinée à lever cette incertitude?

Si les banques australiennes ont de manière générale répondu par la négative, elles semblent l'avoir fait à

regret, puisqu'elles indiquent bien que l'application d'une loi unique serait désirable. Une des banques australiennes a néanmoins vu la difficulté que soulevait la Loi modèle de la CNUDCI, notamment en ce qui concerne la révocabilité de l'ordre de paiement et l'obligation de rembourser. Cette banque saluerait donc l'initiative de la Conférence de La Haye, mais seulement si le régime d'une loi unique devait désigner la Loi modèle en question.

Enfin, la réponse de *Telekurs A.G.* pour la Suisse est négative et souligne l'inutilité d'un régime spécial pour les virements électroniques, car même dans un tel cas et malgré la rapidité de l'opération, il est techniquement toujours possible d'identifier le segment à l'origine d'une erreur.

Si douze réponses se sont prononcées pour la négative, huit ont résolument opté pour l'application d'une loi unique à un virement international. L'Association française des Banques a été très claire sur ce point: elle souligne que la doctrine française est unanime à recommander que l'opération du virement soit régie par une loi unique, cette loi devant s'appliquer aux rapports entre les banques successives: chaque banque, en consentant à l'opération, accepte en connaissance de cause que la loi applicable ne soit pas nécessairement la sienne. Par contre, pour l'Association française des Banques, l'ordre de virement, c'est-à-dire l'opération qui met en relation le donneur d'ordre et sa banque, doit être régi par la loi de cette banque, et non par la loi unique.

Le professeur Felsenfeld répond dans le même sens que l'Association française des Banques, en précisant que les relations entre le bénéficiaire et sa banque d'une part, le donneur d'ordre et sa banque de l'autre, doivent être régies par des lois différentes de la loi unique appliquée au virement.

Pour l'Association portugaise des Banques, l'application d'une loi unique serait souhaitable; toutefois, cette Association ne considère pas comme international un transfert de fonds purement interne, mais libellé en monnaie étrangère.

Pour la Banque centrale de Suède, l'application de plusieurs lois à un virement international n'est pas faisable. Quant à la *Financial Supervisory Authority* de Suède, elle estime que le système de la loi unique devrait s'appliquer seulement si le transfert de fonds est effectué *électroniquement*.

Question 2

Si vous avez répondu oui à la première question, estimez-vous néanmoins qu'il soit nécessaire de faire une distinction suivant que le virement est effectué électroniquement ou par la voie traditionnelle du papier?

Une très large majorité (quinze voix) s'est prononcée contre une pareille distinction, la plupart du temps sans donner de commentaire. Signalons toutefois qu'une banque australienne a souligné qu'il était probable que les contrats type des banques seraient nécessairement différents selon que le virement devait être effectué électroniquement ou par la voie traditionnelle du papier.

Pour le Comité central du Crédit en Allemagne, ce qui est essentiel est que le principe de règles uniformes pour le transfert de fonds soit observé. Il ne s'agit donc pas d'une question de loi différente à appliquer selon que le transfert est opéré électroniquement ou par papier, mais simplement de reconnaître les particularités propres à chaque système. Il convient donc de développer des règles uniformes susceptibles de couvrir les particularités de tout système de paiement individuel.

work in order to draft a convention. However, if the replies received were to lead the Conference towards undertaking work, the French Association of Banks already wishes to express its preference for the following solutions:

- the relations between the originator and his bank should be governed by the law of this bank,
- the execution of the credit transfer operation should be governed by a single law, which should be that of the bank charged with placing the funds at the disposition of the beneficiary.

c Finally, the Federal Reserve Bank of New York thought that it should not reply to the questions and thus it limited itself to a general comment. The Federal Reserve Bank is of the opinion that the problem of the conflict of laws is important in connection with international credit transfers, but that the rule developed by UNCITRAL, which is moreover that of Article 4A of the Uniform Commercial Code, is sufficient and meets the needs of the parties. It does not therefore think that other rules are necessary. None the less, if a consensus were to develop for undertaking work with a view to preparation of a convention, the Federal Reserve Bank would like to be involved in this work.

Question 1

In an international credit transfer, whatever may be the technical means through which this transfer is carried out, do you think that a single law ought to apply to the totality of the transfer, in other words to the entirety of the operations starting with the originator's bank and going through the beneficiary's bank?

This first question was without doubt the most important of the Questionnaire because of the influence that it should have on the decision which the Hague Conference is to take. Indeed, if the replies were to show a massive yes vote, the justification for undertaking work within the Hague Conference would be strengthened while, if a massive vote in the negative were to emerge, the usefulness of undertaking work would be strongly placed in doubt.

Now the result of the consultation shows opinions broadly divided, even though a majority declared against the idea of a single law. Indeed, of the twenty-four replies received, twelve express a strongly negative opinion, most of the time because of the thought that having a single law govern an international credit transfer was not desirable, not to be recommended and not necessary.

Certain of these negative responses are, even so, somewhat surprising and reveal that the problem perhaps was poorly understood; indeed the question looked only to the application of a single law on credit transfers *between banks* or to the transfer *operations*, leaving aside the problem of the law applicable to the relation between the originator and the beneficiary and their respective banks. Thus the Central Credit Committee in Germany declared itself resolutely against the extraterritorial application of individual national laws, arguing from the fact that such an application would lead to uncertainty as to the law applicable to any specific transfer of funds, for neither the beneficiary nor the originator would be able to know what particular national law would apply in the specific case. But is not the application of a single law precisely intended to remove this uncertainty?

Although the Australian banks replied in general in a negative way, they seemed to have done this with regret,

since they did indicate that the application of a single law would be desirable. One of the Australian banks none the less saw the difficulty which is raised by the UNCITRAL Model Law, particularly as concerns the revocability of the payment order and the obligation to reimburse. This bank would therefore welcome an initiative of the Hague Conference, but only if the reference to a single law were to designate the Model Law in question.

Finally, the response of *Telekurs A.G.* for Switzerland is negative and stresses the uselessness of a special regime for electronic transfers, since even in such cases and in spite of the rapidity of the operation it is always technically possible to identify the segment which was at the origin of an error.

Although twelve replies declared in the negative, eight resolutely opted for the application of a single law to an international credit transfer. The French Association of Banks was very clear on this point; it emphasized that French legal writings are unanimous in recommending that the transfer *operation* be governed by a single law, this law to apply to the relations between the successive banks: each bank in consenting to the operation knowingly accepts that the applicable law may not necessarily be its law. On the other hand, for the French Association of Banks the transfer *order*, in other words the operation which places the originator and his bank in a relationship with each other, ought to be governed by the law of this bank and not by the single law.

Professor Felsenfeld replies along the same lines as the French Association of Banks, specifying that the relations between the beneficiary and his bank on one hand, and the originator and his bank on the other, ought to be governed by laws different from the single law applied to the transfer.

For the Portuguese Association of Banks, the application of a single law would be desirable; however, this Association does not consider a transfer of funds which is purely internal but expressed in a foreign money to be international.

For the Central Bank of Sweden, the application of several laws to an international credit transfer is not feasible. As to the Financial Supervisory Authority of Sweden, it thinks that the system of a single law ought to apply only if the transfer of funds is made *electronically*.

Question 2

If you have replied yes to the first question, do you think none the less that it would be necessary to make a distinction depending on whether the transfer is carried out electronically or in the traditional way using paper?

A very large majority (fifteen votes) declared against such a distinction, most of the time without giving any comments. It should be pointed out, however, that one Australian bank emphasized that it was probable that the standard form contracts of the banks would necessarily be different depending on whether the transfer were to be made electronically or by the traditional paper channels.

For the Central Credit Committee in Germany what is essential is that the principle of uniform rules for the transfer of funds be observed. It is not therefore a question of different laws to be applied depending on whether the transfer is made electronically or by paper, but simply to recognize the particularities inherent in each system. It is desirable therefore to develop uniform rules capable of covering the particularities of any individual payment system.

Enfin, l'Association des Banques du Danemark nuance sa réponse: elle estime qu'il ne faut faire aucune distinction entre virements électroniques ou virements-papier pour le transfert de fonds entre les banques, mais qu'une telle distinction devrait être faite pour l'ordre de virement, c'est-à-dire pour les relations entre le donneur d'ordre et sa banque.

Seules deux banques se sont prononcées en faveur d'une distinction entre virements électroniques et virements-papier, et encore l'une de ces banques d'une manière incertaine.

La Banque nationale de Pologne se déclare pour une telle distinction, sans donner aucune justification. Quant à la Banque turque, elle estime dans un premier temps qu'il faut faire une telle distinction. Puis, en analysant les difficultés que soulève la Loi modèle de la CNUDCI en ce qui concerne notamment l'obligation de rembourser et la révocabilité de l'ordre de paiement, elle estime qu'il serait préférable qu'un même système s'applique aux deux types de virement.

Question 3

Est-il souhaitable, est-il possible de faire une distinction, au niveau de la règle de conflit, entre les aspects juridiques d'un virement et les aspects purement fonctionnels? En d'autres termes, peut-on retenir le régime de la loi unique pour les aspects purement juridiques d'un virement international et consacrer par ailleurs, pour les aspects fonctionnels, le système de la segmentarisation du virement en une succession d'opérations bilatérales distinctes, à chacune desquelles une loi différente s'appliquerait?

Une très nette majorité (seize réponses) se déclare opposée à une distinction entre les aspects juridiques d'un virement et les aspects purement fonctionnels. La plupart des réponses négatives ont été données sans justification, si ce n'est celle de dire qu'une telle distinction n'était pratiquement pas possible.

Trois réponses sont plus nuancées. C'est ainsi que l'Association finlandaise des Banques estime que l'application d'une loi unique aux questions strictement techniques pose un problème, cela en raison du fait que le développement des systèmes dans les différents pays et entre les différentes banques varie, ce qui rend problématique le recours à une seule loi pour les aspects techniques.

Pour l'Association portugaise des Banques, la distinction entre aspects juridiques et aspects techniques n'est pas toujours facile et il semble souhaitable que les aspects purement fonctionnels des virements ne soient pas régis par une éventuelle loi unique.

Quant à la Banque de Turquie, elle estime que la distinction est désirable, mais pratiquement impossible à réaliser.

Question 4

Si vous avez répondu oui à la première question, quel facteur de rattachement objectif conviendrait-il de choisir pour désigner la loi unique qui régirait la totalité du virement:

- la loi de l'établissement de la banque du donneur d'ordre?*
- la loi de l'établissement de la banque du bénéficiaire?*
- la loi de l'Etat dans la monnaie duquel le virement est libellé?*
- une autre loi?*

La majorité des banques (onze réponses) n'a pas répondu à cette question ou ne s'est pas clairement prononcée en faveur d'un facteur de rattachement, cela principalement pour la raison que ces banques avaient voté non à la question 1. Dans la réponse du Comité central du Crédit, communiquée par l'Organe national d'Allemagne, il est spécifié que la question de la loi applicable relevait de l'autonomie des parties et qu'il ne fallait pas prévoir un rattachement fixe lorsque les parties ne se sont pas prononcées. Pour ce Comité, il s'agit en fait de régler les hypothèses marginales, à savoir celles où la loi n'a pas été désignée par les parties, *de cas en cas*. On ne peut donc spécifier un facteur unique pour toutes les situations.

L'Association des Banques allemandes préfère en rester à la règle de conflit allemande en matière de virements internationaux, qui désigne la loi du siège de la banque qui accomplit la prestation caractéristique. Dès lors, choisir le facteur sous *b*) de la question (loi de l'établissement de la banque du bénéficiaire) n'est pas satisfaisant pour toutes les banques qui se situent dans la chaîne en amont de cette banque.

Trois réponses se prononcent pour le rattachement à la loi de l'établissement de la banque du donneur d'ordre, à savoir la *Financial Supervisory Authority* de Suède, la Banque de Turquie et le professeur Felsenfeld.

Trois réponses se déterminent pour la loi de l'établissement de la banque du bénéficiaire, à savoir les banques australiennes, l'Association française des Banques et l'Association suédoise des Banques. A vrai dire, pour les banques australiennes, ce choix vient en dernier ressort, dans le cas seulement où une loi unique devait être désignée; mais d'une manière générale, les banques australiennes préfèrent qu'aucun choix fixe ne soit indiqué. Pour l'Association française des Banques, et nous l'avons déjà dit plus haut, la doctrine française unanime estime que la loi unique de référence devrait être la loi de la banque du bénéficiaire, pour le motif que cette loi est celle du lieu où le virement est réalisé et qu'il s'agit donc de la loi du lieu d'exécution. La solution est justifiée par le fait que tous les intervenants dans une opération de virement international doivent être considérés comme acceptant que, s'agissant d'une opération internationale, la loi applicable soit une loi étrangère. Le fait que, pour les banques intervenantes autres que la banque du bénéficiaire, la loi applicable ne soit pas la leur, ne peut donc constituer une objection.

L'Association portugaise des Banques donne une réponse qui est à mi-chemin entre les lettres *a*) et *b*) de la question: cette Association propose la règle suivante: *a*) application de la loi choisie par les parties; *b*) au cas où les parties ne se mettent pas d'accord, la loi applicable serait celle de l'Etat de la banque du bénéficiaire, sauf si celle-ci n'est pas partie au conflit. Dans ce dernier cas, la loi de l'Etat de la banque du donneur d'ordre serait applicable.

Une réponse, celle de la Banque centrale de Suède, après avoir souligné qu'aucun choix n'était bon, se rallie en dernier ressort, à titre de choix le moins mauvais, à la loi de l'Etat dans la monnaie duquel le virement est libellé.

Enfin, la Banque nationale de Pologne suggère le choix d'une autre loi, à savoir celui d'une «loi internationale unifiée» (on part de l'idée qu'il faut entendre par là que s'il existait une loi matérielle internationale unifiant la matière, la Banque nationale de Pologne serait en faveur d'un rattachement unique à une telle loi).

Signalons enfin que l'Association française des Banques, qui s'est prononcée résolument, nous l'avons vu, pour la loi de l'établissement de la banque du bénéficiaire, indique néanmoins que si les projets de mise en place

Finally, the Danish Bankers' Association qualified its reply: it thinks that no distinction should be made between electronic transfers and paper transfers for the transfer of funds between banks, but that such a distinction should be made for the transfer *order*, in other words for the relations between the originator and his bank.

Only two banks declared in favour of a distinction between electronic transfers and paper transfers, and again one of these banks in an uncertain manner.

The National Bank of Poland declared itself in favour of such a distinction without giving any justification. As to the Turkish bank, it first thought that such a distinction should be made. Then analysing the difficulties that were raised by UNCITRAL's Model Law, particularly as concerns the obligation to reimburse and the revocability of the order for payment, it thought that it would be preferable for the same system to apply to both types of transfers.

Question 3

Is it desirable and is it possible to make a distinction, in formulating the conflict of laws rule, between the legal aspects of a funds transfer and its purely functional aspects? In other words, can the coverage of a single law be employed for the purely legal aspects of an international credit transfer and at the same time can there be adopted, for the functional aspects, the system of segmenting the funds transfer into a succession of distinct bilateral operations, to each of which a different law would apply?

A very clear majority (sixteen replies) announced that they were opposed to a distinction between the legal aspects of a transfer and the purely functional aspects. Most of the negative replies were given without explanation, except perhaps to say that such a distinction was not possible *in practice*.

Three replies were more qualified. Thus the Finnish Bankers' Association thought that the application of a single law to questions which are strictly technical posed a problem because of the fact that the development of the systems in the different countries and among the different banks varies, which renders the recourse to a single law for the technical aspects problematical.

For the Portuguese Association of Banks the distinction between legal and technical aspects is not always easy and it seemed desirable that the purely functional aspects of transfers not be governed by a possible single law.

As to the Bank of Turkey, it thought that the distinction was desirable but impossible to achieve in practice.

Question 4

If you replied yes to the first question, what objective connecting factor should be chosen to designate the single law which would govern the entirety of the funds transfer:

- (a) *the law of the banking establishment of the originator?*
- (b) *the law of the banking establishment of the beneficiary?*
- (c) *the law of the State in whose money the funds transfer is designated to be paid?*
- (d) *another law?*

The majority of the banks (eleven replies) did not reply to this question or did not declare clearly in favour of any connecting factor, this being principally for the reason that these banks had voted no to question 1. In the reply of the Central Credit Committee communicated by the National Organ for Germany, it was specified that the question of the applicable law was linked with party autonomy and that no fixed connecting factor should be provided for, where the parties have said nothing. For this Committee what was involved in fact was to deal with the marginal hypotheses, in other words those in which the law had not been designated by the parties, *case by case*. A sole connecting factor cannot therefore be specified for all the situations.

The Association of German Banks preferred to stick with the German conflicts rule for international transfers, which designates the law of the headquarters of the bank which carries out the characteristic performance. Thus to choose the connecting factor indicated under (b) of the question (the law of the banking establishment of the beneficiary) is not satisfactory for all the banks which are located in the chain upstream of this bank.

Three replies came forth in favour of the banking establishment of the originator, these being the Financial Supervisory Authority of Sweden, the Bank of Turkey and Professor Felsenfeld.

Three replies opted for the law of the banking establishment of the beneficiary, these being the Australian banks, the French Association of Banks and the Swedish Bankers' Association. To tell the truth, for the Australian banks this choice was made as a last resort, only for the case where a single law had to be designated; but, in a general way, the Australian banks preferred that no fixed choice be indicated.

For the French Association of Banks, and we have already said this above, the legal writers unanimously think that the single law referred to should be the law of the beneficiary's bank, for the reason that this law is that of the place where the transfer is completed and that this is therefore the law of the place of performance. The solution is justified by the fact that all the participants in an international credit transfer operation ought to be considered as accepting that, this being an international operation, the applicable law might be a foreign law. The fact that for the participating banks other than the bank of the beneficiary, the applicable law would not be their own, cannot therefore constitute an objection.

The Portuguese Association of Banks gave a response which is midway between sub-paragraphs (a) and (b) of the question; this Association proposes the following rule: (a) application of the law chosen by the parties; (b) in case the parties have not reached agreement, the applicable law would be that of the State of the beneficiary's bank, except where this bank is not a party to the dispute. In this latter case, the law of the State of the originator's bank would be applicable.

One reply, that of the Central Bank of Sweden, after having underlined that no choice was good, as a last resort supported, as the least bad choice, the law of the State in whose money the funds transfer is designated to be paid.

Finally, the National Bank of Poland suggests the choice of another law, which is that of an 'international unified law' (the idea is that what should be understood by this is that, if an international substantive law existed unifying the area, the National Bank of Poland would be in favour of a single connecting factor referring to this law).

Finally, it should be pointed out that the French Association of Banks, which declared resolutely, as we saw, for the law of the banking establishment of the beneficiary, indicated none the less that if the projects for put-