

**Conférence de La Haye de droit international privé  
Hague Conference on Private International Law**

**Actes et documents  
de la Vingt-deuxième session**

**Proceedings  
of the Twenty-Second Session**

**Tome I**

**Jugements**

**Judgments**

**Cahier 1      Travaux préliminaires**

**Book 1        Preliminary work**



Actes et documents de la Vingt-deuxième session  
Proceedings of the Twenty-Second Session



Conférence de La Haye de droit international privé  
Hague Conference on Private International Law

# Actes et documents de la Vingt-deuxième session 18 juin au 2 juillet 2019

# Proceedings of the Twenty-Second Session 18 June to 2 July 2019

Tome I

Jugements  
Judgments

Cahier 1 Travaux préliminaires  
Book 1 Preliminary work

Édités par le Bureau Permanent de la Conférence  
Publiés par la HCCH/La Haye/2023

Edited by the Permanent Bureau of the Conference  
Published by HCCH/The Hague/2023

eBook: ISBN 978-90-83375-81-6

© 2023 Hague Conference on Private International Law

Hague Conference on Private International Law  
Churchillplein 6B  
2517 JW The Hague | Netherlands  
fax: +31 (0)70 360 4867  
<[www.hcch.net](http://www.hcch.net)>

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, microfilming, recording or otherwise, without written permission from the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law.

---

## Avis au lecteur

---

La présente publication est la première d'une série de deux tomes intitulés *Actes et documents de la Vingt-deuxième session*. Cette série contient l'ensemble des procès-verbaux et documents de travail ayant trait à la Vingt-deuxième session de la HCCH, ainsi que les documents afférents aux réunions préparatoires de la Commission spéciale et aux études préliminaires menées par le Bureau Permanent. Sa forme et son contenu ont été définis dans un souci de mettre à la disposition de toutes les personnes intéressées – juges, universitaires, avocats, particuliers, administrations nationales – les travaux qui ont conduit à l'adoption de la *Convention du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale*, en vue de permettre au lecteur de mieux comprendre le texte et les débats qui ont déterminé les solutions consacrées dans la Convention.

Ce premier tome, divisé en cinq cahiers, rassemble les documents directement liés au texte final de la Convention HCCH Jugements de 2019, dont le Rapport explicatif élaboré par les Professeurs Francisco Garcimartín et Geneviève Saumier.

Le tome II, consacré aux matières diverses, renferme des informations générales telles que la composition des délégations et les procès-verbaux des séances d'ouverture et de clôture. La suite est consacrée au texte intégral de l'Acte final de la Vingt-deuxième session, ainsi qu'aux propositions de travail et procès-verbaux de la Commission II sur les affaires générales et la politique. Tous les documents afférents aux réunions annuelles du CAGP, qui se sont tenues entre les Vingt et unième et Vingt-deuxième sessions, ne sont pas inclus dans le tome II mais sont disponibles sur le site web de la HCCH (<[www.hcch.net](http://www.hcch.net)>).

La HCCH est une organisation bilingue, l'anglais et le français étant ses langues officielles au moment de la tenue de la Vingt-deuxième session. Par conséquent, les documents contenus dans les *Actes et documents* sont reproduits, dans la mesure du possible, dans les deux langues. Conformément à la pratique de la HCCH, les interventions formulées par les délégués lors de la Vingt-deuxième session ont été rendues en français ou en anglais selon la langue dans laquelle l'intervention a été prononcée.

Les travaux d'édition afférents à la publication des *Actes et documents* ont été assurés par Mmes Hélène Guérin, Lydie De Loof, Sandrine Brard et Anna Koelewijn.

---

## Notice to the reader

---

This publication is the first in a series of two Tomes entitled *Proceedings of the Twenty-Second Session*. This series contains all the minutes and working documents of the Twenty-Second Session of the HCCH as well as relevant documents from the preparatory Special Commission meetings and the preliminary studies carried out by the Permanent Bureau. Its form and its content have been determined by the concern to render accessible to all interested persons – including judges, academics, lawyers, private individuals, and national administrations – the working materials which led to the *Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*, with the aim of enhancing the reader's comprehension of the text and the thinking that determined which solutions were to be embodied in the Convention.

This first Tome, which is divided into five books, encompasses the documents directly related to the final text of the HCCH 2019 Judgments Convention, including the Explanatory Report drawn up by Professor Francisco Garcimartín and Professor Geneviève Saumier.

Tome II concerning Miscellaneous matters includes general information such as the membership of the delegations and the minutes of the Opening and Closing Sessions. The complete text of the Final Act of the Twenty-Second Session appears thereafter. It also contains the documents relating to the Twenty-Second Session's Commission on General Affairs and Policy. All documents related to the annual CGAP meetings that were held between the Twenty-First and Twenty-Second Sessions are not included in Tome II but are available on the HCCH website (<[www.hcch.net](http://www.hcch.net)>).

The HCCH is a bilingual organisation with both English and French being its official languages at the time of the Twenty-Second Session. Thus, the documents included in the *Proceedings* are reproduced to the extent possible in both languages. In accordance with the practice of the HCCH, the remarks made by delegates during the Twenty-Second Session have been rendered in French or in English depending on the language in which the intervention was made.

Editing of the *Proceedings* was carried out by Ms Helene Guerin, Mrs Lydie De Loof, Mrs Sandrine Brard and Mrs Anna Koelewijn.

La collection complète des *Actes et documents de la Vingt-deuxième session (2019)* se présente comme suit :

*Tome I – Jugements (cinq cahiers)*

*Tome II – Matières diverses*

Le présent Cahier renferme des études préparatoires élaborées en amont de la Session diplomatique suivant la conclusion de la Commission spéciale. Ces documents préliminaires ont fourni des informations importantes qui ont permis de situer le contexte des négociations de la Convention HCCH Jugements de 2019.

Les *Actes et documents de la Vingt-deuxième session* sont uniquement disponibles en format électronique.

Les publications de la HCCH peuvent être consultées sur le site web (<[www.hcch.net](http://www.hcch.net)>). Le Bureau Permanent peut être contacté à l'adresse suivante : Churchillplein 6b, 2517 JW La Haye, Pays-Bas (courrier électronique : [secretariat@hcch.net](mailto:secretariat@hcch.net)).

Le Secrétaire général  
de la HCCH,

C. BERNASCONI

Le Président de la  
Vingt-deuxième session,

P. VLAS

The complete collection of the *Proceedings of the Twenty-Second Session (2019)* is as follows:

*Tome I – Judgments (five books)*

*Tome II – Miscellaneous matters*

This Book contains preparatory studies that were drafted in the lead-up to the Diplomatic Session after the conclusion of the Special Commission. These Preliminary Documents provided important information that contributed context for the negotiations of the HCCH 2019 Judgments Convention.

The *Proceedings of the Twenty-Second Session* are only available in electronic format.

Publications of the HCCH can be consulted on the website (<[www.hcch.net](http://www.hcch.net)>). The Permanent Bureau can be contacted at Churchillplein 6b, 2517 JW The Hague, The Netherlands (e-mail: [secretariat@hcch.net](mailto:secretariat@hcch.net)).

The Secretary General  
of the HCCH,

C. BERNASCONI

The President of the  
Twenty-Second Session,

P. VLAS



Vingt-deuxième session

Twenty-Second Session

# Travaux préliminaires

## Preliminary work

---

## Liste des Documents préliminaires<sup>1</sup>

---

Note sur le réexamen de l'inclusion de la « pollution marine » ainsi que « remorquage et sauvetage d'urgence » dans le champ d'application du projet de Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale (*Document préliminaire No 12 de juin 2019*), *infra*, p. 288.

Convention sur les jugements : Rapport explicatif préliminaire révisé (*Document préliminaire No 1 de décembre 2018*), *infra*, p. 10.

Éventuelle exclusion du champ d'application de la Convention des entraves à la concurrence, tel qu'il en ressort de l'article 2(1)(p) du projet de Convention de 2018 (*Document préliminaire No 2 de décembre 2018*), *infra*, p. 126.

Régime des condamnations au paiement d'une sanction en cas d'inexécution de jugements non pécuniaires en vertu du projet de Convention de 2018 (*Document préliminaire No 3 de février 2019*), *infra*, p. 142.

Note concernant l'« ouverture » des Conventions de la HCCH (*Document préliminaire No 4 de mai 2019*), *infra*, p. 160.

Rapport du Groupe de travail informel IV – Déclarations relatives aux jugements concernant des gouvernements (*Document préliminaire No 5 d'avril 2019*), Cahier 2, p. 8.

Rapport du Groupe de travail informel V – Exclusion éventuelle des entraves à la concurrence (*Document préliminaire No 6 d'avril 2019*), Cahier 2, p. 12.

Note concernant les « tribunaux communs » visés à l'article 4(5) et (6) du projet de Convention de 2018 (*Document préliminaire No 7 d'avril 2019*), *infra*, p. 208.

Rapport du Groupe de travail informel II – Tribunaux communs (*Document préliminaire No 8 d'avril 2019*), Cahier 2, p. 16.

Rapport du Groupe de travail informel III – Rapport avec d'autres instruments internationaux (*Document préliminaire No 9 d'avril 2019*), Cahier 2, p. 22.

Rapport du Groupe de travail informel III – Rapport avec d'autres instruments internationaux (*Document préliminaire No 9 REV de juin 2019*), Cahier 2, p. 32.

Rapport du Groupe de travail informel III – Rapport avec d'autres instruments internationaux (*Document préliminaire No 9 REV REV de juin 2019*), Cahier 2, p. 42.

Rapport du Groupe de travail informel I – Droits de propriété intellectuelle (*Document préliminaire No 10 d'avril 2019*), Cahier 2, p. 52.

Délais de prescription pour l'exécution des jugements étrangers dans le cadre du projet de Convention de 2018 (*Document préliminaire No 11 de mai 2019*), *infra*, p. 264.

---

<sup>1</sup> La table des matières se trouve à la fin du présent tome.

---

## List of Preliminary Documents<sup>1</sup>

---

Note on reconsidering “marine pollution” and “emergency towage and salvage” within the scope of the draft Convention on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters (*Preliminary Document No 12 of June 2019*), *infra*, p. 289.

Judgments Convention: Revised Draft Explanatory Report (*Preliminary Document No 1 of December 2018*), *infra*, p. 11.

The possible exclusion of anti-trust matters from the Convention as reflected in Article 2(1)(p) of the 2018 draft Convention (*Preliminary Document No 2 of December 2018*), *infra*, p. 127.

Treatment of penalty orders that are imposed on the non-compliance with non-monetary judgments under the 2018 draft Convention (*Preliminary Document No 3 of February 2019*), *infra*, p. 143.

Note on the “openness” of HCCH Conventions (*Preliminary Document No 4 of May 2019*), *infra*, 161.

Report of informal working group IV – Declarations with respect to judgments pertaining to governments (*Preliminary Document No 5 of April 2019*), Book 2, p. 9.

Report of informal working group V – Possible exclusion of anti-trust (competition) matters (*Preliminary Document No 6 of April 2019*), Book 2, p. 13.

Note on “common courts” in Article 4(5) and (6) of the 2018 draft Convention (*Preliminary Document No 7 of April 2019*), *infra*, p. 209.

Report of informal working group II – Common courts (*Preliminary Document No 8 of April 2019*), Book 2, p. 17.

Report of informal working group III – Relationship with other international instruments (*Preliminary Document No 9 of April 2019*), Book 2, p. 23.

Report of informal working group III – Relationship with other international instruments (*Preliminary Document No 9 REV of June 2019*), Book 2, p. 33.

Report of informal working group III – Relationship with other international instruments (*Preliminary Document No 9 REV REV of June 2019*), Book 2, p. 43.

Report of informal working group I – Intellectual property rights (*Preliminary Document No 10 of April 2019*), Book 2, p. 53.

Limitation period on the enforcement of foreign judgments in the context of the 2018 draft Convention (*Preliminary Document No 11 of May 2019*), *infra*, p. 265.

---

<sup>1</sup> The table of contents appears at the end of this tome.

Convention sur les jugements :  
Rapport explicatif préliminaire révisé

ÉTABLI PAR FRANCISCO GARCIMARTÍN ET  
GENEVIÈVE SAUMIER

Document préliminaire No 1 de décembre 2018

<b>Table des matières</b>	<b>Page</b>
PREMIÈRE PARTIE. PRÉFACE	10
DEUXIÈME PARTIE. VUE D'ENSEMBLE – OBJECTIF, ARCHITECTURE ET APERÇU DU PROJET DE CONVENTION	12
TROISIÈME PARTIE. COMMENTAIRE ARTICLE PAR ARTICLE	14
CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION ET DÉ- FINITIONS	14
Article premier <i>Champ d'application</i>	14
<i>Paragraphe premier</i>	16
<i>Paragraphe 2</i>	18
Article 2 <i>Exclusions du champ d'application</i>	18
<i>Paragraphe premier</i>	18
<i>Paragraphe 2</i>	28
<i>Paragraphe 3</i>	28
<i>Paragraphe 4</i>	30
<i>Paragraphe 5</i>	30
Article 3 <i>Définitions</i>	30
<i>Paragraphe premier</i>	30
<i>Paragraphe 2</i>	34
CHAPITRE II – RECONNAISSANCE ET EXÉCU- TION	36
Article 4 <i>Dispositions générales</i>	36
<i>Paragraphe premier</i>	36
<i>Paragraphe 2</i>	36
<i>Paragraphe 3</i>	38
<i>Paragraphe 4</i>	40
<i>[Paragraphe 5 et 6]</i>	42
Article 5 <i>Fondements de la reconnaissance et de l'exécution</i>	48
<i>Paragraphe premier</i>	48
<i>Paragraphe 2</i>	68
<i>[Paragraphe 3]</i>	70
Article 6 <i>Fondements exclusifs de la reconnais- sance et de l'exécution</i>	76

Article 7 <i>Refus de reconnaissance et d'exé- cution</i>	80
<i>Paragraphe premier</i>	82
<i>Paragraphe 2</i>	90
Article 8 <i>Questions préalables</i>	92
<i>Paragraphe premier</i>	92
<i>Paragraphe 2</i>	94
<i>[Paragraphe 3]</i>	94
Article 9 <i>Divisibilité</i>	96
Article 10 <i>Dommages et intérêts</i>	98
[Article 11 <i>Réparations non pécuniaires en ma- tière de propriété intellectuelle</i> ]	100
Article 12 <i>Transactions judiciaires</i>	100
Article 13 <i>Pièces à produire</i>	102
Article 14 <i>Procédure</i>	104
Article 15 <i>Frais de procédure</i>	106
Article 16 <i>Reconnaissance ou exécution en ap- plication du droit national</i>	106
Article 17 <i>Disposition transitoire</i>	108
Article 18 <i>Déclarations limitant la reconnais- sance et l'exécution</i>	108
Article 19 <i>Déclarations relatives à des matières particulières</i>	108
[Article 20 <i>Déclarations relatives aux jugements concernant des gouvernements</i> ]	110
Article 21 <i>Interprétation uniforme</i>	112
Article 22 <i>Examen du fonctionnement de la Con- vention</i>	112
Article 23 <i>Systèmes juridiques non unifiés</i>	112
Article 24 <i>Rapport avec d'autres instruments internationaux</i>	116
Article 25 <i>Signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion</i>	120
Article 26 <i>Déclarations relatives aux systèmes juridiques non unifiés</i>	120
Article 27 <i>Organisations régionales d'intégra- tion économique</i>	122
Article 28 <i>Adhésion par une Organisation ré- gionale d'intégration économique sans ses États membres.</i>	122
Article 29 <i>Entrée en vigueur</i>	122
Article 30 <i>Déclarations</i>	122
Article 31 <i>Dénonciation</i>	124
Article 32 <i>Notifications par le dépositaire</i>	124

PREMIÈRE PARTIE. PRÉFACE

[à insérer]

1 Ce projet de Convention est un instrument de droit international privé en matière civile et commerciale. Il concerne l'un des trois domaines classiques du droit international privé, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Il promeut ainsi l'un des grands objectifs du droit international privé, à savoir l'entraide judiciaire internationale, en vue d'améliorer la prévisibilité et la justice dans le cadre des relations juridiques internationales en matière civile et commerciale. Ce projet de Convention n'aborde pas les deux autres domaines traditionnels du droit international privé, qui sont la compétence pour régler des litiges internationaux et les règles déterminant la loi applicable dans ces affaires. Ces matières demeurent régies par le droit interne et ne sont pas affectées par ce projet de Convention.

---

## Judgments Convention: Revised Draft Explanatory Report

DRAWN UP BY FRANCISCO GARCIMARTÍN AND  
GENEVIÈVE SAUMIER

*Preliminary Document No 1 of December 2018*

---

### Contents of the Report

	Page
PART I. PREFACE	11
PART II. OVERVIEW – OBJECTIVE, ARCHITECTURE AND OUTLINE OF THE DRAFT CONVENTION	13
PART III. ARTICLE-BY-ARTICLE COMMENTARY	15
CHAPTER I – SCOPE AND DEFINITIONS	15
<i>Article 1</i> <i>Scope</i>	15
<i>Paragraph 1</i>	17
<i>Paragraph 2</i>	19
<i>Article 2</i> <i>Exclusions from scope</i>	19
<i>Paragraph 1</i>	19
<i>Paragraph 2</i>	29
<i>Paragraph 3</i>	29
<i>Paragraph 4</i>	31
<i>Paragraph 5</i>	31
<i>Article 3</i> <i>Definitions</i>	31
<i>Paragraph 1</i>	31
<i>Paragraph 2</i>	35
CHAPTER II – RECOGNITION AND ENFORCEMENT	37
<i>Article 4</i> <i>General provisions</i>	37
<i>Paragraph 1</i>	37
<i>Paragraph 2</i>	37
<i>Paragraph 3</i>	39
<i>Paragraph 4</i>	41
[ <i>Paragraphs 5 and 6</i> ]	43
<i>Article 5</i> <i>Bases for recognition and enforcement</i>	49
<i>Paragraph 1</i>	49
<i>Paragraph 2</i>	69
[ <i>Paragraph 3</i> ]	71
<i>Article 6</i> <i>Exclusive bases for recognition and enforcement</i>	77

<i>Article 7</i> <i>Refusal of recognition and enforcement</i>	81
<i>Paragraph 1</i>	83
<i>Paragraph 2</i>	91
<i>Article 8</i> <i>Preliminary questions</i>	93
<i>Paragraph 1</i>	93
<i>Paragraph 2</i>	95
[ <i>Paragraph 3</i> ]	95
<i>Article 9</i> <i>Severability</i>	97
<i>Article 10</i> <i>Damages</i>	99
[ <i>Article 11</i> <i>Non-monetary remedies in intellectual property matters</i> ]	101
<i>Article 12</i> <i>Judicial settlements (transactions judiciaires)</i>	101
<i>Article 13</i> <i>Documents to be produced</i>	103
<i>Article 14</i> <i>Procedure</i>	105
<i>Article 15</i> <i>Costs of proceedings</i>	107
<i>Article 16</i> <i>Recognition or enforcement under national law</i>	107
<i>Article 17</i> <i>Transitional provision</i>	109
<i>Article 18</i> <i>Declarations limiting recognition and enforcement</i>	109
<i>Article 19</i> <i>Declaration with respect to specific matters</i>	109
[ <i>Article 20</i> <i>Declarations with respect to judgments pertaining to governments</i> ]	111
<i>Article 21</i> <i>Uniform interpretation</i>	113
<i>Article 22</i> <i>Review of operation of the Convention</i>	113
<i>Article 23</i> <i>Non-unified legal systems</i>	113
<i>Article 24</i> <i>Relationship with other international instruments</i>	117
<i>Article 25</i> <i>Signature, ratification, acceptance, approval or accession</i>	121
<i>Article 26</i> <i>Declarations with respect to non-unified legal systems</i>	121
<i>Article 27</i> <i>Regional Economic Integration Organisations</i>	123
<i>Article 28</i> <i>Accession by a Regional Economic Integration Organisation without its Member States</i>	123
<i>Article 29</i> <i>Entry into force</i>	123
<i>Article 30</i> <i>Declarations</i>	123
<i>Article 31</i> <i>Denunciation</i>	125
<i>Article 32</i> <i>Notifications by the depositary</i>	125

### PART I. PREFACE

[TBI]

1 This draft Convention is a private international law instrument in civil and commercial matters. It deals with one of the three classical areas of private international law, namely the recognition and enforcement of foreign judgments. In so doing, it furthers one of the main goals of private international law, which is international judicial co-operation, with a view to enhancing predictability and justice in cross-border legal relations in civil and commercial matters. The draft Convention does not deal with the other two traditional areas of private international law relating to court jurisdiction to adjudicate disputes in cross-border cases or rules determining the law applicable to such cases. Those matters continue to be governed by national law and are not affected by the draft Convention.

2 Le projet sur les Jugements remonte à 1992, où il avait été proposé d'entreprendre des travaux sur des règles uniformes concernant à la fois la compétence des tribunaux et la reconnaissance et l'exécution des jugements dans les affaires internationales en matière civile et commerciale. Des avancées ont été réalisées entre 1992 et 2001, qui ont abouti à la rédaction d'un projet de Convention portant sur ces deux domaines du droit international privé<sup>1</sup>. Néanmoins, à la conclusion de la Première partie de la Session diplomatique de 2001, aucun consensus n'avait été trouvé sur plusieurs domaines importants ; il n'y avait en particulier aucun accord sur les domaines suivants : Internet et le commerce électronique, la compétence fondée sur l'activité, la compétence sur les contrats de consommation et les contrats de travail, la propriété intellectuelle, le rapport avec d'autres instruments et la bilatéralisation<sup>2</sup>.

3 La Conférence de La Haye a alors décidé d'examiner séparément les sujets pour lesquels il semblait possible d'élaborer un instrument reposant sur un consensus. Ces travaux, réalisés entre 2002 et 2005, ont finalement conduit à l'élaboration et à l'adoption d'un instrument circonscrit aux accords d'élection de for, comprenant à la fois des règles de compétence et un régime pour la reconnaissance et l'exécution des jugements, la *Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for* (ci-après, la « Convention Élection de for de 2005 »)<sup>3</sup>. Cette Convention, qui vise à garantir l'efficacité des accords d'élection de for en matière civile et commerciale, est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2015<sup>4</sup>.

4 En 2011, la Conférence de La Haye a décidé d'étudier la faisabilité d'un instrument mondial sur des questions relatives à la compétence ainsi qu'à la reconnaissance et à l'exécution des jugements en matière civile et commerciale. Un groupe d'experts réuni en avril 2012 a conclu que de nouveaux travaux sur les contentieux internationaux étaient souhaitables, sous réserve qu'ils répondent à des besoins réels et concrets non encore traités par les instruments et les cadres institutionnels existants. Il a également constaté qu'il y avait lieu de conduire d'autres travaux afin de déceler les lacunes du cadre existant pour le règlement des différends internationaux qui revêtent une importance pratique considérable. À la suite de cette réunion, la Conférence de La Haye a décidé de poursuivre les travaux sur le projet sur les Jugements et a constitué un Groupe de travail chargé d'élaborer des propositions sur la reconnaissance et l'exé-

cution des jugements en matière civile et commerciale<sup>5</sup>. Celui-ci s'est réuni à cinq reprises à partir de 2013 en vue d'élaborer un projet de texte contenant les dispositions essentielles visant à faciliter la circulation mondiale des jugements.

5 Le Groupe de travail a achevé ses travaux sur un projet de texte de Convention organisant la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale lors de sa cinquième réunion, en octobre 2015. Depuis, la Conférence de La Haye a convoqué quatre réunions de la Commission spéciale afin de poursuivre les travaux sur ce projet de Convention. La Commission spéciale s'est réunie une première fois en juin 2016 pour discuter de l'avant-projet de Convention établi par le Groupe de travail. Cette réunion a abouti à l'avant-projet de Convention de 2016, le Document de travail No 76 révisé. Lors de sa Deuxième réunion, en février 2017, la Commission spéciale a réexaminé l'ensemble des dispositions de l'avant-projet de Convention de 2016 et discuté des clauses générales et finales. Cette réunion de février 2017 a abouti à un projet de Convention révisé (ci-après, le « projet de Convention de février 2017 »), le Document de travail No 170 révisé. Lors de sa Troisième réunion, en novembre 2017, la Commission spéciale a revu et discuté des questions entre crochets figurant aux chapitres I et II du projet de Convention de février 2017, et a eu notamment une discussion approfondie sur les questions de propriété intellectuelle, ainsi que sur les clauses générales et finales. Cette Troisième réunion a abouti à un nouveau projet de Convention révisé (ci-après, le « projet de Convention de novembre 2017 »), le Document de travail No 236 révisé. Enfin, en mai 2018, la Commission spéciale s'est réunie pour la quatrième fois pour discuter des questions qui appelaient de nouvelles délibérations à la suite de la Troisième réunion. Cette dernière réunion de la Commission spéciale a abouti au projet de Convention de 2018 (ci-après, le « projet de Convention de 2018 »), le Document de travail No 262 révisé. Ce Rapport explicatif préliminaire est établi sur la base du projet de Convention de 2018.

## DEUXIÈME PARTIE. VUE D'ENSEMBLE – OBJECTIF, ARCHITECTURE ET APERÇU DU PROJET DE CONVENTION

6 **Objectif.** Ce projet de Convention vise à promouvoir l'accès à la justice à l'échelle mondiale en renforçant l'entraide judiciaire, ce qui réduira les risques et les coûts des relations juridiques et de la résolution des différends internationaux. La mise en œuvre du projet de Convention devrait ainsi faciliter les échanges commerciaux, les investissements et la mobilité à l'échelle internationale.

7 Ces objectifs seront promus de diverses manières.

8 Premièrement, et avant tout, le projet de Convention garantira la reconnaissance et l'exécution des jugements auxquels il s'applique dans tous les États contractants, ce qui améliorera l'efficacité pratique de ces jugements et donnera, à la partie qui obtient gain de cause, l'assurance d'obtenir des mesures satisfaisantes. L'accès à la justice est mis en échec si le jugement obtenu par une partie lésée ne

<sup>1</sup> « Avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, adopté par la Commission spéciale et Rapport de Peter Nygh et Fausto Pocar », Doc. prël. No 11 d'août 2000 à l'intention de la Dix-neuvième session de juin 2001, *Actes et documents de la Vingtième session (2005)*, tome II, *Jugements*, Cambridge – Anvers – Portland, Intersentia, 2013, p. 190 à 312 (ci-après, le « Rapport Nygh/Pocar »).

<sup>2</sup> Voir « Quelques réflexions sur l'état actuel des négociations du projet sur les Jugements dans le contexte du programme de travail futur de la Conférence », Doc. prël. No 16 de février 2002, *Actes et documents de la Dix-neuvième session (2001/2002)*, tome I, *Matières diverses*, Leyde, Koninklijke Brill NV, 2008, p. 428 et 430, para. 5.

<sup>3</sup> Pour plus d'informations sur les origines de la Convention Élection de for de 2005, voir le « Rapport explicatif de Trevor Hartley et Masato Dogauchi » (ci-après, « Rapport Hartley/Dogauchi »). Voir *Actes et documents de la Vingtième session (2005)*, tome III, *Élection de for*, Anvers – Oxford – Portland, Intersentia, 2010, p. 784 et 786.

<sup>4</sup> Au moment de la rédaction du présent Rapport explicatif, le Mexique, l'Union européenne, tous les États membres de l'Union européenne, Singapour et le Monténégro sont Parties contractantes à la Convention Élection de for de 2005. Cette Convention a également été signée par les États-Unis d'Amérique le 19 janvier 2009 et par la République populaire de Chine le 12 septembre 2017. Son état présent est disponible sur le site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse <www.hcch.net>, sous la rubrique « Élection de for ».

<sup>5</sup> La Conférence de La Haye a également constitué un groupe d'experts chargé de poursuivre l'examen et les discussions autour de l'opportunité et de la faisabilité de dispositions en matière de compétence. En février 2013, le Groupe de travail et le Groupe d'experts se sont chacun réunis à La Haye. À l'issue de ces deux réunions, il est apparu que les deux Groupes devaient réfléchir à la possibilité d'une éventuelle avancée simultanée de leurs travaux. À la suite de vastes consultations, il a été recommandé de poursuivre les travaux du Groupe de travail dans un premier temps et de reprendre ultérieurement les discussions au sein du Groupe d'experts.

## Origins of the draft Convention

2 The origins of the Judgments Project date back to 1992 when a proposal was made to undertake work on uniform rules on both jurisdiction of courts and the recognition and enforcement of judgments in cross-border cases in civil and commercial matters. Between 1992 and 2001, progress was made which resulted in a draft Convention on those two areas of private international law.<sup>1</sup> However, at the conclusion of the First Part of the Diplomatic Session in 2001, a number of important areas remained where consensus could not be reached. In particular, there was no agreement on the following areas: internet and e-commerce, activity-based jurisdiction, jurisdiction on consumer and employment contracts, intellectual property, the relationship with other instruments and bilateralisation.<sup>2</sup>

3 The Hague Conference then decided to consider separately the areas for which it seemed likely that a consensus-based instrument could be achieved. This eventually led to the development of an instrument limited to choice of court agreements, including both jurisdictional rules and a regime for the recognition and enforcement of judgments. This work took place between 2002 and 2005 and concluded with the adoption of the *Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements* (hereinafter, “2005 Choice of Court Convention”).<sup>3</sup> The 2005 Choice of Court Convention is aimed at ensuring the effectiveness of choice of court agreements in civil and commercial matters. It entered into force on 1 October 2015.<sup>4</sup>

4 In 2011, the Hague Conference agreed to consider the feasibility of a global instrument on matters relating to jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. An Experts’ Group met in April 2012 and concluded that further work on cross-border litigation was desirable, provided that it met real, practical needs which were not met by existing instruments and institutional frameworks. It also determined that further work was essential to identify gaps in the existing framework for resolution of cross-border disputes that are of particular practical significance. Following that meeting, the Hague Conference agreed that work on the Judgments Project should proceed and established a Working Group to prepare proposals on the recognition and enforcement of

judgments in civil and commercial matters.<sup>5</sup> From 2013, the Working Group met on five occasions to develop a draft text of core provisions aimed at facilitating the global circulation of judgments.

5 The Working Group completed its work on a Proposed draft Text for a Convention on the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters at its fifth meeting in October 2015. Since then, the Hague Conference has convened four Special Commission meetings to progress work on this draft Convention. In June 2016, the First Meeting was convened to discuss the proposed draft text that had been prepared by the Working Group. This meeting of the Special Commission produced a 2016 preliminary draft Convention that was published as Working Document No 76 Revised. At the Second Meeting held in February 2017, the Special Commission reconsidered all provisions in the 2016 preliminary draft Convention and discussed General and Final Clauses. This February 2017 meeting produced a revised draft of the Convention (hereinafter, “the February 2017 draft Convention”), published as Working Document No 170 Revised. At its Third Meeting in November 2017, the Special Commission reviewed and discussed the square-bracketed matters reflected in Chapters I and II of the February 2017 draft Convention, including a detailed discussion on intellectual property related matters, and General and Final Clauses. This Third Meeting produced a further revised draft of the Convention (hereinafter, “the November 2017 draft Convention”), published as Working Document No 236 Revised. In May 2018, the Special Commission met for the fourth time to discuss issues that required further deliberation arising from the Third meeting. This final Special Commission meeting produced the 2018 draft Convention (hereinafter, “the 2018 draft Convention”) that was published as Working Document No 262 Revised. The draft Explanatory Report is prepared based on the 2018 draft Convention.

## PART II. OVERVIEW – OBJECTIVE, ARCHITECTURE AND OUTLINE OF THE DRAFT CONVENTION

6 **Objective.** This draft Convention seeks to promote access to justice globally through enhanced judicial cooperation. This will reduce risks and costs associated with cross-border legal relations and dispute resolution. As a result, implementation of the draft Convention should facilitate international trade, investment and mobility.

7 These goals will be advanced in a number of ways.

8 First, and most importantly, the draft Convention will ensure that judgments to which it applies will be recognised and enforced in all Contracting States, thereby enhancing the practical effectiveness of those judgments and ensuring that a successful party can obtain meaningful relief. Access to justice is frustrated if a wronged party obtains a judgment

<sup>1</sup> “Preliminary draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, adopted by the Special Commission and Report by Peter Nygh & Fausto Pocar”, Prel. Doc. No 11 of August 2000 drawn up for the attention of the Nineteenth Session of June 2001, in *Proceedings of the Twentieth Session (2005)*, Tome II, *Judgments*, Cambridge – Antwerp – Portland, Intersentia, 2013, pp. 191-313 (hereinafter, “Nygh/Pocar Report”).

<sup>2</sup> See “Some Reflections on the Present State of Negotiations on the Judgments Project in the Context of the Future Work Programme of the Conference”, Prel. Doc. No 16 of February 2002, in *Proceedings of the Nineteenth Session (2001/2002)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2008, pp. 429 and 431, para. 5.

<sup>3</sup> More information about the origins of the 2005 Choice of Court Convention is available in the “Explanatory Report by Trevor Hartley and Masato Dogauchi” (hereinafter, “Hartley/Dogauchi Report”). See the *Proceedings of the Twentieth Session (2005)*, Tome III, *Choice of Court*, Antwerp – Oxford – Portland, Intersentia, 2010, pp. 785 and 787.

<sup>4</sup> At the time of writing, Mexico, the European Union, all European Union Member States, Singapore and Montenegro are Contracting Parties to the Convention. The Convention was also signed by the United States of America on 19 January 2009 and by the People’s Republic of China on 12 September 2017. The status table of the Convention is available on the Hague Conference website at <www.hcch.net> under “Choice of Court”.

<sup>5</sup> The Hague Conference also established an Experts’ Group to further study and discuss the desirability and feasibility of making provisions in relation to jurisdiction. In February 2013, the Working Group and the Experts’ Group each met in The Hague. At the conclusion of the two meetings, it was decided that the Groups needed to consider whether work for the Experts’ Group and Working Group could be progressed simultaneously. Following extensive consultations, it was recommended that the work of the Working Group should be advanced first and that the discussions of the Experts’ Group be resumed at a later stage.

peut être exécuté parce que l'autre partie ou ses biens sont dans un autre État, où le jugement n'est pas directement exécutoire.

9 Deuxièmement, il réduira la nécessité de répéter les procédures dans deux États contractants ou plus : un jugement statuant sur une demande dans un État contractant produira ses effets dans les autres États contractants sans qu'il soit nécessaire de rejurer la demande au fond.

10 Troisièmement, il réduira les coûts et les délais de reconnaissance et d'exécution des jugements : l'accès à la justice concrète sera plus rapide et plus économique.

11 Quatrièmement, il améliorera la prévisibilité du droit : il sera plus aisé, pour les particuliers et les entreprises des États contractants, de déterminer les circonstances dans lesquelles les jugements circuleront entre ces États.

12 Cinquièmement, il permettra aux demandeurs d'effectuer des choix plus éclairés quant au lieu d'introduction de l'instance compte tenu de leur capacité à exécuter le jugement qui en résulte dans d'autres États contractants et de l'impératif d'équité à l'égard des défendeurs.

13 Dans un monde globalisé et interconnecté, caractérisé par la circulation internationale croissante des personnes, des informations et des biens, l'importance pratique de ces objectifs est évidente. À ce jour, aucun autre instrument mondial n'offre la possibilité d'atteindre ces objectifs.

14 **Rapport avec la Convention Élection de for de 2005.** La Convention Élection de for de 2005 poursuivait les mêmes objectifs en permettant aux parties de choisir la juridiction à laquelle soumettre leur demande et en prévoyant la reconnaissance et l'exécution d'un jugement rendu par celle-ci. Cependant, il arrive souvent que les parties à un litige n'aient pas conclu d'accord d'élection de for. Ce projet de Convention vise à étendre à un plus large ensemble d'affaires les bénéfices d'un accès renforcé à la justice et d'une réduction des coûts et des risques liés aux opérations internationales.

15 **Aperçu.** Le projet de Convention vise à instaurer un système efficace aux fins de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale, et à permettre la circulation des jugements dans des circonstances qui ne suscitent essentiellement aucune controverse. Il prévoit la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus dans d'autres États contractants qui satisfont aux exigences énoncées dans une liste de critères de reconnaissance et d'exécution (art. 5) et précise les seuls motifs possibles pour refuser la reconnaissance et l'exécution (art. 7). En outre, afin de faciliter la circulation des jugements, le texte ne fait pas obstacle à la reconnaissance et à l'exécution des jugements dans un État contractant en application de son droit interne ou en vertu d'autres traités (art. 16 et 24), sous réserve d'une disposition unique relative aux fondements exclusifs de la reconnaissance et de l'exécution (art. 6).

16 **Architecture.** Le projet de Convention est structuré en quatre chapitres. Le chapitre premier précise le champ d'application et définit certains termes. Le projet de Convention s'applique aux jugements en matière civile ou commerciale (art. 1). Ce champ d'application est défini plus précisément par l'exclusion de certaines matières (art. 2), soit que ces matières sont couvertes par d'autres instru-

ments, soit qu'il est difficile de trouver un consensus multilatéral sur celles-ci. L'article 3 définit les termes « jugement » et « défendeur » ainsi que la résidence habituelle des personnes morales.

17 Le chapitre II est le cœur du projet de Convention ; son premier article pose le principe général de la circulation des jugements entre les États contractants (art. 4). Un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant est reconnu et exécuté dans un autre État contractant conformément aux dispositions du chapitre II. Le principal critère pour la circulation est prévu à l'article 5, qui énonce les fondements de la reconnaissance et de l'exécution sous forme de critères de compétence par rapport auxquels l'État dans lequel la reconnaissance ou l'exécution est demandée doit apprécier le jugement rendu dans l'État d'origine. Ces fondements sont limités par les critères de compétence exclusive énumérés à l'article 6. Lorsqu'un jugement satisfait aux exigences des articles 4, 5 et 6, les seuls motifs de refus de reconnaissance et d'exécution sont prévus à l'article 7. Cet article dresse la liste exhaustive des motifs de refus qui permettent à l'État requis, mais sans l'y obliger, de refuser la reconnaissance ou l'exécution. Il convient de souligner d'emblée que l'article 16 réserve à un État requis le droit de reconnaître ou d'exécuter un jugement étranger en vertu de son droit interne.

18 Le chapitre II règle également des questions particulières d'interprétation et d'application : questions préliminaires (art. 8), divisibilité (art. 9), dommages et intérêts, dommages et intérêts punitifs compris (art. 10) et transactions judiciaires (art. 12). Enfin, le chapitre II régit les questions procédurales destinées à faciliter l'accès au mécanisme efficace du projet de Convention : pièces à produire (art. 13), procédure (art. 14) et frais de procédure (art. 15).

19 Le chapitre III regroupe les clauses générales : disposition transitoire (art. 17), déclarations autorisées (art. 18 à 20), interprétation uniforme (art. 21), systèmes juridiques non unifiés (art. 23) et rapport avec d'autres instruments (art. 24).

20 Enfin, le chapitre IV contient des clauses finales sur la procédure de ratification (art. 25 à 28), l'entrée en vigueur (art. 29), les modalités des déclarations (art. 30), la dénonciation (art. 31) et les notifications (art. 32).

## TROISIÈME PARTIE. COMMENTAIRE ARTICLE PAR ARTICLE

### CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION ET DÉFINITIONS

#### *Article premier – Champ d'application*

21 **Champ d'application.** L'article premier définit le champ d'application du projet de Convention. Le champ d'application matériel est défini au paragraphe premier, qui dispose que le projet de Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des jugements en matière civile ou commerciale. Cette disposition doit être combinée avec l'article 2(1), qui exclut certaines matières, ainsi qu'avec l'article 19, qui autorise les États contractants (les « États »)<sup>6</sup> à faire une déclaration excluant d'autres matières du champ d'application du projet de Convention. Le champ d'applica-

<sup>6</sup> Afin de simplifier le texte, le mot « État » est employé pour désigner un « État contractant ». La distinction entre État contractant et État non contractant n'est opérée que lorsqu'elle est pertinente.



which cannot be enforced in practice because the other party and/or the other party's assets are in another State where the judgment is not readily enforceable.

9 Secondly, the draft Convention will reduce the need for duplicative proceedings in two or more Contracting States: a judgment determining the claim in one Contracting State will be effective in other Contracting States, without the need to re-litigate the merits of the claim.

10 Thirdly, the draft Convention will reduce the costs and timeframes associated with obtaining recognition and enforcement of judgments: access to practical justice will be faster and at lower cost.

11 Fourthly, the draft Convention will improve the predictability of the law: individuals and businesses in Contracting States will be able to ascertain more readily the circumstances in which judgments will circulate among those States.

12 Fifthly, it will enable claimants to make informed choices about where to bring proceedings, taking into account their ability to enforce the resulting judgment in other Contracting States and the need to ensure fairness to defendants.

13 In a globalised and interconnected world, with ever-increasing movement across borders of people, information and assets, the practical importance of achieving these objectives is self-evident. No other global instrument exists that has the potential represented by the draft Convention to meet those objectives.

14 **Relationship with the 2005 Choice of Court Convention.** The 2005 Choice of Court Convention pursued the same objectives by enabling parties to agree on the court that would hear a claim, and providing for the recognition and enforcement of a judgment given by the chosen court. However, in many cases there is no choice of court agreement between the parties to a dispute. This draft Convention seeks to extend the benefits of enhanced access to justice, and reduced costs and risks of cross-border dealings, to a broader range of cases.

15 **Outline.** The draft Convention is designed to provide an efficient system for the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters and provide for the circulation of judgments in circumstances that are largely uncontroversial. The draft Convention provides for the recognition and enforcement of judgments from other Contracting States that meet the requirements set out in a list of bases for recognition and enforcement (Art. 5) and sets out the only grounds on which recognition and enforcement of such judgments may be refused (Art. 7). Furthermore, in order to facilitate the circulation of judgments, the text does not prevent recognition and enforcement of judgments in a Contracting State under national law or under other treaties (Arts 16, 24), subject to one provision relating to exclusive bases for recognition and enforcement (Art. 6).

16 **Architecture.** The draft Convention is divided into four chapters. Chapter I deals with questions of scope and definitions. The scope of the draft Convention extends to judgments relating to civil or commercial matters (Art. 1). This scope is further defined by excluding certain matters (Art. 2), either because they are covered by other instru-

ments or on which multilateral consensus cannot readily be achieved. Article 3 provides definitions of "judgment" and "defendant" as well as for the habitual residence of legal persons.

17 Chapter II is the core of the draft Convention and its first article establishes the general principle of circulation of judgments among the Contracting States (Art. 4). A judgment given by a court of a Contracting State shall be recognised and enforced in another Contracting State in accordance with the provisions of Chapter II. The main criterion for circulation is provided in Article 5, which sets out the bases for recognition and enforcement of a judgment in the form of jurisdictional grounds against which the judgment from the State of origin is to be assessed by the State where recognition or enforcement is sought. These grounds are limited by the exclusive jurisdictional bases listed in Article 6. Where a judgment meets the requirements of Articles 4, 5 and 6, the only grounds for refusal to recognise or enforce it are provided in Article 7. This Article establishes an exhaustive list of grounds for refusal that allow, but do not require, the requested State to refuse recognition and enforcement. It is useful to point immediately to Article 16 that reserves the right of a requested State to recognise or enforce a foreign judgment based on national law.

18 Chapter II also deals with specific issues of interpretation and application: preliminary questions (Art. 8), severability (Art. 9), damages, including punitive damages (Art. 10), and judicial settlements (Art. 12). Finally, Chapter II addresses procedural matters to facilitate access to the mechanism of the draft Convention: documents to be produced (Art. 13), procedure (Art. 14) and costs of proceedings (Art. 15).

19 Chapter III deals with general clauses: transitional provision (Art. 17), allowable declarations (Arts 18-20), uniform interpretation (Art. 21), non-unified legal systems (Art. 23) and relationship with other instruments (Art. 24).

20 Chapter IV provides for final clauses on the ratification process (Arts 25-28), entry into force (Art. 29), manner of declarations (Art. 30), denunciation (Art. 31) and notifications (Art. 32).

## PART III. ARTICLE-BY-ARTICLE COMMENTARY

### CHAPTER I – SCOPE AND DEFINITIONS

#### *Article 1 – Scope*

21 **Scope.** Article 1 defines the scope of application of the draft Convention. Paragraph 1 deals with the substantive scope of application and provides that the draft Convention applies to the recognition and enforcement of judgments relating to civil or commercial matters. This provision must be read in conjunction with Article 2(1), which excludes certain matters, and Article 19, which allows Contracting States ("States")<sup>6</sup> to make declarations excluding further matters from the scope of application of the draft Convention. Paragraph 2 deals with geographical

<sup>6</sup> In order to simplify the text, the term "States" is used to refer to "Contracting States". The distinction between Contracting and non-Contracting States is only drawn where relevant.

tion géographique et territorial est défini au paragraphe 2, qui dispose que le projet de Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution, dans un État, d'un jugement rendu par un tribunal d'un autre État.

#### Paragraphe premier

**22 Matière civile ou commerciale.** Le projet de Convention s'applique aux jugements en matière civile ou commerciale ; il ne recouvre pas, en particulier, les matières fiscales, douanières ou administratives. La qualification civile ou commerciale de la matière d'un jugement est déterminée par la nature de la demande ou de l'action qui en fait l'objet. La nature de la juridiction de l'État d'origine ou le seul fait qu'un État était partie à la procédure ne sont pas des facteurs déterminants.

**23** Le projet de Convention s'applique indépendamment de la nature de la juridiction, c'est-à-dire que l'action (civile ou commerciale) ait été introduite devant une juridiction civile, pénale, administrative ou du travail<sup>7</sup>. Il s'applique ainsi, par exemple, à un jugement portant sur des demandes civiles introduites devant une juridiction pénale lorsque celle-ci était compétente pour connaître de l'action en vertu de son droit procédural.

**24** L'application du projet de Convention est indépendante de la qualité des parties, personnes physiques ou morales, publiques ou privées. Comme l'indique l'article 2(4), un jugement n'est pas exclu du champ d'application du projet de Convention du seul fait qu'un État – y compris un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute personne agissant au nom d'un État – était partie au litige dans l'État d'origine (voir, *infra*, commentaire de l'art. 2(4)).

**25** En outre, la qualification d'une action n'est pas modifiée du seul fait que la demande est transférée à une autre personne, que ce soit par cession, par succession ou par reprise de l'obligation par une autre personne. Le transfert d'une demande par un organisme privé à un État n'écarterait pas la qualification civile ou commerciale de la demande. Il en va de même dans les cas de subrogation, c'est-à-dire lorsqu'une agence gouvernementale est subrogée dans les droits d'une personne de droit privé.

**26 Sens autonome.** L'application du projet de Convention requiert que les tribunaux de l'État requis décident si un jugement concerne une matière civile ou commerciale. Lorsqu'ils prennent cette décision, les tribunaux doivent tenir compte de la nécessité de promouvoir une application uniforme du projet de Convention. En conséquence, la notion de « matière civile ou commerciale », comme les autres notions juridiques employées dans le projet de Convention, doit être définie de manière autonome, c'est-à-dire par référence, non pas au droit interne, mais aux objectifs du projet de Convention et à son caractère international<sup>8</sup>. L'interprétation et l'application uniformes du projet de Convention (voir, *infra*, art. 21) sont ainsi garanties. En outre, ces termes doivent être interprétés de manière homogène avec les autres instruments de La Haye, notamment la Convention Election de for de 2005.

**27 Matière civile ou commerciale.** L'emploi des qualificatifs « civile » et « commerciale » est surtout pertinent

<sup>7</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 27. Voir « Note sur l'article 1(1) de l'avant-projet de Convention de 2016 et l'expression 'matière civile et commerciale' », établi par les co-Rapporteurs du projet de Convention et le Bureau Permanent, Doc. pré-l. No 4 de décembre 2016 à l'attention de la Commission spéciale de février 2017 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (ci-après, « Doc. pré-l. No 4 »), para. 6.

<sup>8</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 27 ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 49 ; Doc. pré-l. No 4, para. 5.

pour les systèmes juridiques qui considèrent que les catégories « civile » et « commerciale » sont distinctes et s'excluent mutuellement, sachant toutefois que l'emploi de ces deux termes n'est pas incompatible avec les systèmes juridiques dans lesquels les procédures commerciales forment un sous-ensemble des procédures civiles<sup>9</sup>. Bien que d'autres instruments internationaux emploient les termes « matière civile et commerciale »<sup>10</sup>, le projet de Convention suit la Convention Election de for de 2005 et évoque la « matière civile ou commerciale ». En tout état de cause, les deux solutions doivent être considérées comme interchangeables.

**28 Distinction entre matière civile ou commerciale et droit public.** La notion de « matière civile ou commerciale » est employée par opposition au droit public ou au droit pénal, dans lesquels l'État agit en qualité de puissance souveraine<sup>11</sup>. Contrairement à la Convention Election de for de 2005, l'article 1(1) précise que le projet de Convention ne recouvre « [...] notamment pas les matières fiscales, douanières ou administratives ». Cette énumération n'est pas exhaustive et d'autres matières de droit public, comme les questions constitutionnelles, sont également exclues du champ d'application du projet de Convention. Cette énumération vise à faciliter l'application du projet de Convention dans les États qui n'opèrent pas la distinction entre droit public et droit privé<sup>12</sup>.

**29** L'élément clé pour distinguer une matière de droit public d'une matière « civile » ou « commerciale » est le fait qu'une des parties exerce des prérogatives de puissance publique dont ne jouissent pas les personnes ordinaires<sup>13</sup>. Il y a donc lieu de déterminer la relation juridique entre les parties au litige et d'examiner le fondement juridique de l'action introduite devant le tribunal d'origine pour établir si le jugement porte sur une matière civile ou commerciale. Si l'action découle de l'exercice de prérogatives (ou d'obligations) de puissance publique, le projet de Convention ne s'applique pas. L'illustration type de la puissance publique est la capacité à faire valoir des droits par une procédure administrative d'exécution sans qu'aucune action judiciaire soit nécessaire. Ainsi, par exemple, le projet de Convention ne s'applique pas aux ordonnances d'exécution introduites par des gouvernements ou des agences gouvernementales comme les autorités de la concurrence ou les autorités de surveillance financière, qui visent à faire respecter les exigences réglementaires ou à prévenir le non-respect de ces exigences<sup>14</sup>. Il ne s'applique pas non plus aux jugements portant sur des actions en justice introduites pour exécuter ces ordonnances ou pour faire appel de celles-ci (voir aussi, *infra*, para. 70.). Il en va de même des demandes contre des agents publics agissant au nom de l'État et de la responsabilité au titre des actes des autorités publiques, y compris celle des agents publics officiellement mandatés qui agissent en cette qualité.

<sup>9</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 23 à 26 ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 49.

<sup>10</sup> Voir le Règlement (CE) No 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après, le « Règlement Bruxelles I »), art. 1<sup>er</sup>.

<sup>11</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 49 ; Doc. pré-l. No 4, para. 40.

<sup>12</sup> Voir le Rapport Nygh/Pocar, para. 23 : « les termes "civile et commerciale" [...] ne sont pas des termes de l'art dans les pays de *common law* comme le Royaume-Uni ou la République d'Irlande, et [...] peuvent être interprétés de plusieurs manières. Dans le sens le plus large, seules sont exclues les questions de droit pénal. Dans cette interprétation, sont en revanche incluses les questions de droit constitutionnel, de droit administratif, de droit fiscal, qui relèvent de la "matière civile". Il est clair que telle n'est pas l'intention des rédacteurs de l'avant-projet, qui, dans la seconde phrase du paragraphe 1, expliquent que les matières fiscales, douanières et administratives n'entrent pas dans la définition des "matières civiles et commerciales". » [Notes omises.]. Cette précision n'a pas été jugée nécessaire dans la Convention Election de for de 2005, voir le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 49, note 73.

<sup>13</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 85 ; Doc. pré-l. No 4, para. 40.

<sup>14</sup> Doc. pré-l. No 4, para. 41.

or territorial scope and provides that the draft Convention applies to the recognition and enforcement in one State of a judgment given by the court of another State.

#### Paragraph 1

**22 Civil or commercial matters.** The draft Convention applies to judgments relating to civil or commercial matters. It does not extend, in particular, to revenue, customs or administrative matters. Whether a judgment relates to civil or commercial matters is determined by the nature of the claim or action that is the subject of the judgment. The nature of the court of the State of origin or the mere fact that a State was a party to the proceedings are not determinative factors.

**23** The draft Convention applies whatever the nature of the court, *i.e.*, irrespective of whether the (civil or commercial) action was brought before a civil, criminal, administrative or labour court.<sup>7</sup> Thus, for example, the draft Convention applies to a judgment on civil claims brought before a criminal court where that court had jurisdiction to hear the matter under its own procedural law.

**24** Application of the draft Convention is not affected by the nature of the parties, *i.e.*, legal or natural persons, private or public. As indicated in Article 2(4), a judgment is not excluded from the scope of application of the draft Convention by the mere fact that a State – including a government, a governmental agency or any person acting for a State – was a party to the proceedings in the State of origin (see *infra* commentary to Art. 2(4)).

**25** Furthermore, the characterisation of an action does not change by the mere fact that the claim is transferred to another person, such as by assignment, succession or assumption of the obligation by another person. Transfer of a claim from a private body to a State would not preclude the claim being characterised as civil or commercial. The same holds in cases of subrogation, *i.e.*, when a governmental agency is subrogated to the rights of a private party.

**26 Autonomous meaning.** The application of the draft Convention requires that the courts of the requested State decide whether a judgment relates to civil or commercial matters. In making this determination, courts should consider the need to promote uniformity in the application of the draft Convention. Accordingly, the concept of “civil or commercial matters”, like other legal concepts used in the draft Convention, must be defined autonomously, *i.e.*, by reference to the objectives of the draft Convention and its international character, and not by reference to national law.<sup>8</sup> This ensures a uniform interpretation and application of the draft Convention (see *infra* Art. 21). Furthermore, the interpretation of those terms should be applied consistently across other Hague instruments, in particular the 2005 Choice of Court Convention.

**27 Civil versus commercial matters.** The use of the terms “civil” and “commercial” matters is mostly relevant

<sup>7</sup> Nygh/Pocar Report, para. 27. See “Note on Article 1(1) of the 2016 preliminary draft Convention and the term ‘civil or commercial matters’”, drawn up by the *co-Rapporteurs* of the draft Convention and the Permanent Bureau, Prel. Doc. No 4 of December 2016 for the attention of the Special Commission of February 2017 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (hereinafter, “Prel. Doc. No 4”), para. 6.

<sup>8</sup> Nygh/Pocar Report, para. 27; Hartley/Dogauchi Report, para. 49; Prel. Doc. No 4, para. 5.

for legal systems where “civil” and “commercial” are regarded as separate and mutually exclusive categories, although the use of both terms is not incompatible with legal systems in which commercial proceedings are a subcategory of civil proceedings.<sup>9</sup> While other international instruments used the terms “civil and commercial matters”,<sup>10</sup> the draft Convention follows the 2005 Choice of Court Convention and refers to “civil or commercial matters”. In any event, both alternatives must be considered interchangeable.

**28 Civil or commercial matters versus public law.** The concept of “civil or commercial matters” is used to distinguish public and criminal law, where the State acts in its sovereign capacity.<sup>11</sup> Unlike the 2005 Choice of Court Convention, Article 1 (1) clarifies that the draft Convention does not apply, “[...] in particular, to revenue, customs or administrative matters”. This enumeration is not exhaustive and other matters of public law, *e.g.*, constitutional matters are also excluded from the scope of the draft Convention. The enumeration is intended to facilitate the application of the draft Convention in States where there is no established distinction between private and public law.<sup>12</sup>

**29** The key element distinguishing public law matters from “civil or commercial” matters is whether one of the parties is exercising governmental or sovereign powers that are not enjoyed by ordinary persons.<sup>13</sup> It is therefore necessary to identify the legal relationship between the parties to the dispute and to examine the legal basis of the action brought before the court of origin to establish whether the judgment relates to civil or commercial matters. If the action derives from the exercise of public powers (or duties), the draft Convention does not apply. A typical example of public power is the capacity to enforce a claim by way of administrative enforcement proceedings with no need for any court action. Thus, for example, the draft Convention does not apply to enforcement orders brought by governments or governmental agencies such as anti-trust/competition authorities or financial supervisors, which seek to ensure compliance or to prevent non-compliance with regulatory requirements.<sup>14</sup> Nor does it apply to judgments on judicial actions brought either to enforce or appeal such orders (see also *infra* para. 70). This also includes claims against officials who act on behalf of the State and liability for the acts of public authorities, including liability of publicly appointed office-holders acting in that capacity.

<sup>9</sup> Nygh/Pocar Report, paras 23-26; Hartley/Dogauchi Report, para. 49.

<sup>10</sup> See Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition of judgments in civil and commercial matters (hereinafter, “Brussels I Regulation”), Art. 1.

<sup>11</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 49; Prel. Doc. No 4, para. 40.

<sup>12</sup> See Nygh/Pocar Report, para. 23: “[...] the expressions ‘civil matters’ or ‘civil law’ are not technical terms in common law countries such as England and the Republic of Ireland and can have more than one meaning. In the widest sense they exclude only criminal law. On that basis, constitutional law, administrative law and tax law are included in the description of ‘civil matters’. This is clearly not the intention of the preliminary draft Convention which in the second sentence of paragraph 1 explains that matters of a revenue, customs or administrative nature are not to be regarded as falling within the scope of ‘civil and commercial matters.’” [Notes omitted]. In the 2005 Choice of Court Convention this clarification was considered unnecessary, see Hartley/Dogauchi Report, para. 49, note 73.

<sup>13</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 85; Prel. Doc. No 4, para. 40.

<sup>14</sup> Prel. Doc. No 4, para. 41.

30 Les matières criminelles ou pénales sont des exemples types de l'exercice de prérogatives de puissance publique et sont donc exclus du champ d'application du projet de Convention. Cette exclusion couvre les mesures par lesquelles un État ou une autorité publique tend à sanctionner une personne pour un comportement proscrit par le droit pénal, y compris par des sanctions pécuniaires qui n'indemnisent pas l'État ou ceux pour lesquels il agit des pertes résultant dudit comportement<sup>15</sup>.

31 Inversement, le projet de Convention s'applique si aucune des parties n'exerce de prérogatives de puissance publique. [Il s'applique ainsi, par exemple, aux demandes privées au titre de préjudices causés par un comportement anticoncurrentiel (voir, toutefois, *infra*, para. 61 et 62)<sup>16</sup>.] De même, il s'appliquera également lorsqu'une agence gouvernementale agit pour le compte de parties privées, comme des consommateurs ou des investisseurs, sans exercer de pouvoir ou de privilèges extraordinaires (voir, *infra*, commentaire de l'art. 2(4)).

32 **Actions jointes.** Lorsqu'un jugement concerne plus d'une action, dont l'une seulement est de nature « civile ou commerciale », le principe de divisibilité s'applique (voir, *infra*, art. 9). Le projet de Convention s'applique aux actions civiles ou commerciales à l'exclusion des autres. Dans certaines affaires, la matière de droit public peut être soulevée à titre préalable et non à titre principal, par exemple dans le cadre d'une action privée en dommages et intérêts fondée sur une décision d'infraction rendue par une autorité de la concurrence. Le projet de Convention s'applique également dans ces affaires (voir, *infra*, art. 2(4) et art. 8(1) et (2)).

#### Paragraphe 2

33 **Champ d'application territorial.** Le paragraphe 2 définit le champ d'application géographique ou territorial du projet de Convention : celui-ci s'applique à la reconnaissance et à l'exécution, dans un État, d'un jugement rendu par un tribunal d'un autre État. L'État d'origine et l'État requis doivent être tous deux Parties au projet de Convention. L'État d'origine est celui dans lequel est situé le tribunal qui prononce le jugement et l'État requis est celui dans lequel la reconnaissance et l'exécution de ce jugement sont demandées (art. 4(1)). Cette disposition doit être combinée avec l'article 4(5) et (6) (« tribunaux communs », *infra*, para. 122 à 142) et avec l'article 23 (« Déclarations relatives aux systèmes juridiques non unifiés », *infra*, para. 396 à 409).

34 **Date à considérer.** La date à considérer est celle de l'introduction de l'instance dans l'État d'origine. L'État requis et l'État d'origine doivent tous deux avoir été Parties au projet de Convention à cette date-là pour que le projet de Convention s'applique (voir, *infra*, art. 17).

35 **Définition du moment de l'introduction de l'instance.** Bien que le projet de Convention mentionne le « moment de l'introduction de l'instance » dans certaines dispositions (par ex. art. 5(1)(k), 17 ou 30(5)), il ne définit pas ces termes. L'introduction d'une instance implique qu'ait été accompli le premier acte de procédure qui marque le début de l'instance dans l'État d'origine, par exemple, le dépôt de l'acte introductif d'instance au tribunal ou, si cet acte doit être signifié ou notifié avant d'être

déposé au tribunal, la réception de l'acte par l'autorité responsable de la signification ou de la notification<sup>17</sup>.

#### Article 2 – Exclusions du champ d'application

36 **Introduction.** L'article 2 précise le champ d'application du projet de Convention exposé à l'article 1(1). Premièrement, il exclut certaines matières en dépit de leur nature civile ou commerciale (para. 1). Deuxièmement, il dispose que le projet de Convention s'applique même si une matière exclue du champ d'application a été soulevée à titre préalable dans le cadre de la procédure dans l'État d'origine (para. 2). Troisièmement, il contient une disposition spécifique excluant l'arbitrage et les procédures y afférentes (para. 3). Enfin, il précise que le projet de Convention s'applique même si un État ou un organisme gouvernemental était partie à l'instance dans l'État d'origine, mais que les privilèges et immunités dont jouissent les États ou les organisations internationales ne sont pas affectés (para. 4 et 5). Lorsqu'ils appliquent ces dispositions, les tribunaux de l'État requis ne sont pas liés par la décision des tribunaux de l'État d'origine sur le fait de savoir si le jugement porte sur une matière exclue.

#### Paragraphe premier

37 **Exclusions.** Le paragraphe premier de l'article 2 énumère les matières qui sont exclues du champ d'application du projet de Convention en dépit de leur nature civile ou commerciale. Le paragraphe 2 précise toutefois que ces exclusions ne s'appliquent que lorsqu'une matière énumérée était l'« objet » du litige et non lorsqu'elle a été soulevée à titre préalable, en particulier dans le cadre d'un moyen de défense (voir, *infra*, para. 64).

38 **Raisonnement.** De manière générale, le motif des exclusions est (i) que ces matières sont déjà régies par d'autres instruments internationaux, notamment par d'autres Conventions de La Haye, et qu'il a été jugé préférable que ces instruments opèrent sans aucune interférence du projet de Convention<sup>18</sup>, ou (ii) que ce sont des matières particulièrement sensibles pour de nombreux États et qu'il serait difficile de trouver un accord général sur le traitement que le projet de Convention devrait leur réserver. La plupart des matières énumérées sont similaires à celles que contient la disposition parallèle de la Convention Élection de for de 2005, mais avec des différences importantes toutefois, car le champ d'application du projet de Convention est plus large que celui de la Convention Élection de for de 2005. Ainsi, par exemple, contrairement à la Convention Élection de for de 2005, le projet de Convention s'applique, entre autres, aux contrats de travail et aux contrats de consommation, aux dommages corporels, aux dommages aux biens corporels, aux droits réels immobiliers et aux baux immobiliers, aux entraves à la concurrence ou [à la propriété intellectuelle].

39 **État et capacité des personnes physiques.** L'alinéa (a) exclut l'état et la capacité des personnes physiques du champ d'application du projet de Convention. Cette exclusion couvre les jugements portant sur le divorce, la séparation de corps, l'annulation du mariage, l'établissement ou la contestation de la filiation, l'adoption, l'émancipation ou l'état et la capacité des mineurs ou des personnes handicapées. Elle couvre aussi les jugements relatifs à la responsabilité parentale, notamment la garde, le droit de visite, la tutelle, la curatelle ou les mesures équivalentes, les mesures

<sup>15</sup> Voir Doc. trav. No 189 d'octobre 2017, « Proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique » (en anglais uniquement) (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 13 au 17 novembre 2017)).

<sup>16</sup> Doc. pré-l. No 4, para. 41.

<sup>17</sup> Voir le Rapport Nygh/Pocar, para. 264, expliquant les raisons de cette solution dans la règle de litispendance de l'avant-projet de Convention de 1999.

<sup>18</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 29 ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 53.

30 Criminal or penal matters are typical examples of the exercise of sovereign powers and therefore are excluded from the scope of the draft Convention. This exclusion covers actions in which a State or public authority seeks to punish a person for conduct proscribed by criminal law, including by pecuniary penalties that do not compensate the State or those for whom it acts for losses resulting from the conduct at issue.<sup>15</sup>

31 Conversely, if neither of the parties is exercising public powers, the draft Convention applies. [Thus, for example, it applies to private claims for harm caused by anti-competitive conduct (see, however, *infra* paras 61-62).<sup>16</sup>] By the same token, when a government agency is acting on behalf of private parties, such as consumers or investors, without that agency exercising extraordinary powers or privileges, the draft Convention will also apply (see *infra* commentary to Art. 2(4)).

32 **Joining of actions.** If a judgment involves more than one action, one of which is “civil or commercial” and another which is not, the principle of severability applies (see, *infra*, Art. 9). The draft Convention only applies to the civil or commercial actions and not to the others. In some cases, the public law matter may arise as a preliminary question rather than the main action, *e.g.*, a private action for damages based on an infringement decision by an anti-trust authority. The draft Convention also applies in these cases (see *infra* Art. 2(4), as well as Art. 8(1) and (2)).

#### Paragraph 2

33 **Territorial scope.** Paragraph 2 defines the geographical or territorial scope of application of the draft Convention: it applies to the recognition and enforcement in one State of a judgment given by a court in another State. Both the State of origin and the requested State must be parties to the draft Convention. The State of origin is the State in which the court granting the judgment is situated and the requested State is the State where recognition and enforcement of that judgment is sought (Art. 4(1)). This provision must be read in conjunction with Article 4(5) and (6) (“common courts” *infra* paras 122-142) and 23 (“Non-unified legal systems” *infra* paras 396-409).

34 **Relevant time.** The relevant time is the date of institution of the proceedings in the State of origin. Both the requested State and the State of origin must have been parties to the draft Convention at that moment for the draft Convention to apply (see *infra* Art. 17).

35 **Definition of the time the proceedings are instituted.** Although the draft Convention refers to “the time proceedings were instituted” in some provisions (*e.g.*, Arts 5(1)(k), 17 or Art. 30(5)), it does not define this term. The institution of proceedings implies the completion of the first procedural act that gives rise to the commencement of the proceedings in the State of origin, *e.g.*, the filing of the documents instituting the proceedings with the court, or if that

document has to be served before filing, the reception by the authority responsible for service.<sup>17</sup>

#### Article 2 – Exclusions from scope

36 **Introduction.** Article 2 refines the scope of application of the draft Convention set forth in Article 1(1). First, it excludes certain matters despite their civil or commercial nature (para. 1). Secondly, it provides that the draft Convention applies even if a matter excluded from its scope arose as a preliminary issue in proceedings in the State of origin (para. 2). Thirdly, it contains a specific provision excluding arbitration and related proceedings (para. 3). Finally, it provides that the draft Convention applies even if a State or government body was a party to the proceedings in the State of origin, but that the privileges and immunities enjoyed by States or international organisations are unaffected (paras 4 and 5). In applying these provisions, courts of the requested State are not bound by the decision of courts of the State of origin whether the judgment relates to an excluded matter.

#### Paragraph 1

37 **Exclusions.** Paragraph 1 of Article 2 contains a list of specific matters excluded from the scope of the draft Convention despite their civil or commercial nature. Paragraph 2, however, indicates that these exclusions only apply where a matter included in the list was the “object” of the proceedings, and not where it arose as a preliminary question, in particular by way of defence (see *infra* para. 64).

38 **Rationale.** In general terms, the rationale for the exclusions is either (i) that those matters are already governed by other international instruments, in particular other Hague Conventions, and it was deemed preferable that these instruments operate without any interference by the draft Convention,<sup>18</sup> or (ii) that they are matters of particular sensitivity for many States and it would be difficult to reach broad acceptance on how the draft Convention should deal with them. Most of the matters included in the list are similar to those contained in the parallel provision of the 2005 Choice of Court Convention but there are significant differences. The scope of the draft Convention is broader than the scope of the 2005 Choice of Court Convention. Thus, for example, unlike the 2005 Choice of Court Convention, the draft Convention applies to employment and consumer contracts, personal injuries, damage to tangible property, rights *in rem* and tenancies over immovable property, anti-trust/competition or [intellectual property].

39 **Status and legal capacity of natural persons.** Sub-paragraph (a) excludes the status and legal capacity of natural persons from the scope of the draft Convention. This exclusion encompasses judgments on divorce, legal separation, annulment of marriage, establishment or contestation of parent-child relationships, adoption, emancipation or the status and capacity of minors or persons with disabilities. It also includes judgments on parental responsibility, including custody, rights of access, guardianship, curatorship or equivalent measures, as well as measures for the protection

<sup>15</sup> See Work. Doc. No 189 of October 2017, “Proposal of the delegation of the United States of America” (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2017)).

<sup>16</sup> Prel. Doc. No 4, para. 41.

<sup>17</sup> See Nygh/Pocar Report, para. 264, explaining the reasons for this option in the *lis pendens* rule of the 1999 preliminary draft Convention.

<sup>18</sup> Nygh/Pocar Report, para. 29; Hartley/Dogauchi Report, para. 53.

de protection des enfants ou encore l'administration, la conservation ou la disposition des biens des enfants (voir aussi, *infra*, para. 41)<sup>19</sup>. Les jugements statuant sur le nom ou la nationalité des personnes physiques sont également couverts par cette exclusion. Les obligations alimentaires et les autres matières familiales sont exclues en vertu des alinéas (b) ou (c).

**40 Obligations alimentaires.** L'alinéa (b) exclut les obligations alimentaires. Cette exclusion couvre toutes les obligations alimentaires découlant de liens de parenté, de la filiation, du mariage ou d'alliances<sup>20</sup>. Puisque les obligations alimentaires et les régimes matrimoniaux sont exclus, il n'y a pas lieu de délimiter précisément la frontière entre ces deux matières<sup>21</sup>.

**41 Autres matières du droit de la famille, y compris les régimes matrimoniaux.** L'alinéa (c) exclut les régimes matrimoniaux ainsi que les autres droits et obligations découlant du mariage ou de relations similaires<sup>22</sup>. Comme dans la Convention Élection de for de 2005, l'expression « régimes matrimoniaux » comprend les droits particuliers d'un conjoint portant sur la résidence matrimoniale dans certains systèmes juridiques<sup>23</sup>. De manière générale, cette exclusion couvre les jugements statuant sur des demandes entre les époux – et exceptionnellement avec des tiers – pendant ou après la dissolution de leur mariage, et qui affectent les droits de propriété découlant de leur relation matrimoniale. Elle couvre les droits d'administration et de disposition des biens appartenant aux époux et les contrats de mariage par lesquels ceux-ci organisent leur régime matrimonial. À l'inverse, les demandes entre époux découlant du droit commun des biens, des contrats ou de la responsabilité délictuelle ne sont pas exclues du champ d'application du projet de Convention<sup>24</sup>. L'expression « relations similaires » couvre les relations entre les couples non mariés telles que les partenariats enregistrés, dans la mesure où elles sont reconnues par la loi<sup>25</sup>. La question de savoir si des matières telles que la responsabilité parentale ou les mesures de protection des enfants sont couvertes par l'alinéa (a), état et capacité des personnes physiques, ou par l'alinéa (c), sous les termes « autres matières du droit de la famille » peut prêter à discussion<sup>26</sup>. Toutefois, comme pour l'alinéa (b), puisque ces deux matières sont exclues du champ d'application du projet de Convention, il n'y a pas lieu de délimiter précisément la frontière entre ces deux matières.

**42 Testaments et successions.** L'alinéa (d) exclut les testaments et les successions du champ d'application du

projet de Convention<sup>27</sup>. Cette exclusion concerne les successions à cause de mort et couvre toutes les formes de transfert de biens, de droits et d'obligations à cause de mort, soit opérées volontairement en vertu d'une disposition de biens au décès, soit par succession *ab intestat*. L'emploi du terme « testaments » indique simplement que les questions concernant la forme et la validité matérielle des dispositions au décès sont exclues<sup>28</sup>. S'agissant des trusts créés par voie testamentaire, les jugements portant sur la validité et l'interprétation du testament instituant le trust sont exclus, alors que les jugements portant sur les effets, l'administration ou la modification du trust entre les personnes qui y sont ou y étaient parties entrent dans le champ d'application du projet de Convention<sup>29</sup>.

**43 Insolvabilité, concordats, résolution d'établissements financiers et matières analogues.** L'alinéa (e) exclut l'insolvabilité, les concordats, la résolution des établissements financiers et les matières analogues. Le terme « insolvabilité » recouvre la faillite des personnes physiques et morales ; il comprend la dissolution ou la liquidation des sociétés intervenant dans le cadre de procédures d'insolvabilité, tandis que la dissolution ou la liquidation des sociétés intervenant pour d'autres raisons que l'insolvabilité est traitée à l'alinéa (i)<sup>30</sup>. Le terme « concordat » désigne la procédure par laquelle le débiteur conclut un accord avec ses créanciers pour restructurer ou réorganiser une société afin d'éviter sa liquidation. En général, ces accords instituent un moratoire pour le paiement des dettes et en déchargent le débiteur<sup>31</sup>. Toutefois, les accords purement contractuels – à savoir les accords extrajudiciaires volontaires – ne sont pas couverts par l'exclusion. Le terme « matières analogues » est employé pour couvrir un large éventail d'autres méthodes permettant aux personnes insolubles ou en difficulté financière de rétablir leur solvabilité tout en poursuivant leur activité, telles que le chapitre 11 du Code fédéral de la faillite des États-Unis<sup>32</sup>.

**44** L'expression « résolution d'établissements financiers » ne figure pas dans la disposition parallèle de la Convention Élection de for de 2005. Il s'agit d'une notion assez récente qui renvoie au cadre juridique instauré dans de nombreux États et territoires afin de prévenir la défaillance des établissements financiers<sup>33</sup>. Une résolution peut comprendre la liquidation et le remboursement des déposants, le transfert ou la vente des actifs et des passifs, la création d'un établissement-relais temporaire et la réduction de valeur des dettes ou leur conversion en actions<sup>34</sup>. Certes, la plupart de ces mesures sont exclues du champ d'application du projet de Convention, car elles n'ont pas la qualification civile ou commerciale, mais administrative. Pourtant, lors de la Deuxième réunion de la Commission spéciale, de nombreuses délégations ont jugé opportun d'insérer une référence explicite à ce nouveau cadre à l'ali-

<sup>19</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 30, note 16. L'exclusion des matières en vertu de l'alinéa (a) doit être cohérente avec les autres instruments de La Haye, en particulier (i) en ce qui concerne la responsabilité parentale et les mesures de protection des enfants, avec l'art. 3 de la *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants* (ci-après, « Convention Protection des enfants de 1996 ») et (ii) en ce qui concerne la protection des adultes, avec l'art. 3 de la *Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes* (ci-après, « Convention Protection des adultes de 2000 »).

<sup>20</sup> Voir, sur les obligations alimentaires, la *Convention de La Haye du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants*, la *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires* ou la *Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille* (ci-après, « Convention Recouvrement des aliments de 2007 »).

<sup>21</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 32.

<sup>22</sup> Voir la *Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux*.

<sup>23</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 33 ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 55.

<sup>24</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 35.

<sup>25</sup> *Ibid.* ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 55.

<sup>26</sup> Voir Doc. trav. No 242 de mai 2018, « Proposition de la délégation de l'Uruguay » (en anglais uniquement) (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 24 au 29 mai 2018)).

<sup>27</sup> Voir la *Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires*, la *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions*, la *Convention de La Haye du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort* (pas encore en vigueur).

<sup>28</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 36.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> *Ibid.* ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 56.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 38 et 39 ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 56. Certaines procédures nationales peuvent être incluses dans la notion de « concordat » ou dans les « matières analogues » mais puisque tous deux sont exclus du champ d'application du projet de Convention, la question n'est pas pertinente ici.

<sup>33</sup> Ce cadre juridique a été instauré sous les auspices du Conseil de stabilité financière (CSF), un organisme international établi à la suite du sommet de Londres du G20, en avril 2009, qui surveille le système financier mondial international et émet des recommandations à son sujet.

<sup>34</sup> Voir Conseil de stabilité financière, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, 15 octobre 2014.

of children or the administration, conservation or disposal of children's property (see also *infra* para. 41).<sup>19</sup> Judgments ruling on the name or nationality of natural persons are captured under this exclusion as well. Maintenance obligations and other family matters are excluded under sub-paragraph (b) or (c).

**40 Maintenance obligations.** Sub-paragraph (b) excludes maintenance obligations. This exclusion encompasses any maintenance obligations deriving from family relationships, parentage, marriage or affinity.<sup>20</sup> Because both maintenance obligations and matrimonial property regimes are excluded, there is no need to draw an exact definitional boundary between them.<sup>21</sup>

**41 Other family matters, including matrimonial property regimes.** Sub-paragraph (c) excludes matrimonial property regimes and other rights or obligations arising out of marriage or similar relationships.<sup>22</sup> As in the 2005 Choice of Court Convention, "matrimonial property" includes the special rights that a spouse has to the matrimonial home in some jurisdictions.<sup>23</sup> In general terms, this exclusion covers judgments on claims between the spouses – and exceptionally with third parties – during or after dissolution of their marriage, and which affect rights in property arising out of their matrimonial relationship. It encompasses rights of administration and disposal of property belonging to the spouses, and matrimonial property agreements by which the spouses organise their matrimonial property regime. Conversely, claims between spouses arising under the general law of property, contracts or torts are not excluded from the scope of the draft Convention.<sup>24</sup> The term "similar relationships" covers relationships between unmarried couples, *e.g.*, registered partnerships, to the extent that they are given legal recognition.<sup>25</sup> It may be debatable whether issues such as parental responsibility or measures for the protection of children are covered by sub-paragraph (a), status and legal capacity of natural persons, or by sub-paragraph (c), under the terms "other family matters".<sup>26</sup> However, as with sub-paragraph (b), since both are excluded from the scope of the draft Convention, there is no need to draw an exact definitional boundary between them.

**42 Wills and succession.** Sub-paragraph (d) excludes wills and succession from the scope of the draft Convention.

tion.<sup>27</sup> The exclusion refers to succession to the estate of a deceased person and covers all forms of transfer of assets, rights and obligations by reason of death, either by way of a voluntary transfer under a disposition of property upon death or a transfer through intestate succession. The use of the word "wills" simply indicates that matters concerning the form and material validity of dispositions upon death are excluded.<sup>28</sup> In relation to trusts created by testamentary disposition, judgments on the validity and interpretation of the will creating the trust are excluded. But judgments on the effects, administration or variation of the trust between persons who are or were within the trust relationships are included within the scope of the draft Convention.<sup>29</sup>

**43 Insolvency, composition, resolution of financial institutions, and analogous matters.** Sub-paragraph (e) excludes insolvency, composition, resolution of financial institutions, and analogous matters. The term "insolvency" covers bankruptcy of both individuals and legal persons. It includes the winding-up or liquidation of corporations in insolvency proceedings, while the winding-up or liquidation of corporations for reasons other than insolvency is dealt with by sub-paragraph (i).<sup>30</sup> The term "composition" refers to proceedings whereby the debtor may enter into an agreement with his or her creditors to restructure or reorganise a company to prevent its liquidation. These agreements usually imply a moratorium on the payment of debts and a discharge.<sup>31</sup> Purely contractual arrangements – *i.e.*, voluntary out-of-court agreements – are, however, not covered by the exclusion. The term "analogous matters" is used to cover a wide range of other methods whereby insolvent or financially distressed persons can be assisted to regain solvency while continuing to trade, such as Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code.<sup>32</sup>

44 The term "resolution of financial institutions" is not included in the parallel provision of the 2005 Choice of Court Convention. This is a relatively new concept that refers to the legal framework enacted in many jurisdictions to prevent the failure of financial institutions.<sup>33</sup> A resolution may include: liquidation and depositor reimbursement; transfer and/or sale of assets and liabilities; establishment of a temporary bridge institution; and write-down or conversion of debt to equity.<sup>34</sup> It is true that most of these measures are outside the scope of application of the draft Convention because they are administrative matters rather than civil or commercial matters. But at the Second Meeting of the Special Commission, many delegations considered an explicit reference to this new framework in sub-

<sup>19</sup> Nygh/Pocar Report, para. 30, note 16. The exclusion of matters under sub-para. (a) must be consistent with other Hague instruments, in particular, as regards (i) parental responsibility and measures for the protection of children, with Art. 3 of the *Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children* (hereinafter, "1996 Child Protection Convention"); and (ii) protection of adults, with Art. 3 of the *Hague Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults* (hereinafter, "2000 Protection of Adults Convention").

<sup>20</sup> See, on maintenance obligations, the *Hague Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children*; the *Hague Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations*; or the *Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance* (hereinafter, "2007 Child Support Convention").

<sup>21</sup> Nygh/Pocar Report, para. 32.

<sup>22</sup> See the *Hague Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes*.

<sup>23</sup> Nygh/Pocar Report, para. 33; Hartley/Dogauchi Report, para. 55.

<sup>24</sup> Nygh/Pocar Report, para. 35.

<sup>25</sup> *Ibid.*; Hartley/Dogauchi Report, para. 55.

<sup>26</sup> See Work. Doc. No 242 of May 2018, "Proposal of the delegation of Uruguay" (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (24-29 May 2018)).

<sup>27</sup> See the *Hague Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions*; the *Hague Convention of 2 October 1973 Concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons*; the *Hague Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons* (not yet in force).

<sup>28</sup> Nygh/Pocar Report, para. 36.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> *Ibid.*; Hartley/Dogauchi Report, para. 56.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Nygh/Pocar Report, paras 38-39; Hartley/Dogauchi Report, para. 56. Some national proceedings may be subsumed under the concept of "compositions" or under "analogous matters", but since both are excluded from the scope of the draft Convention, the issue is not relevant here.

<sup>33</sup> This framework has been established under the auspices of the Financial Stability Board, an international body set up after the G20 London summit, in April 2009, that monitors and makes recommendations about the global financial system.

<sup>34</sup> See Financial Stability Board, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, 15 October 2014.

néa (e) afin de prévenir toute ambiguïté ou lacune dans le texte<sup>35</sup>.

**45 Jugements liés à l'insolvabilité.** L'alinéa (e) exclut les jugements qui concernent directement l'insolvabilité<sup>36</sup>. Cette exclusion s'applique si le droit ou l'obligation qui constituait le fondement juridique de l'action dans l'État d'origine découlait des règles propres aux procédures d'insolvabilité et non des règles générales du droit civil ou commercial. Si l'action découle des règles du droit de l'insolvabilité, l'exclusion fera obstacle à la circulation du jugement en vertu du projet de Convention, alors que si elle découle du droit civil ou commercial, le jugement pourra circuler (voir toutefois, *infra*, para. 47). Pour déterminer si le jugement était fondé sur les règles du droit de l'insolvabilité, les tribunaux de l'État requis peuvent notamment considérer les questions suivantes : si le jugement a été prononcé à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou après celle-ci, s'il répondait à l'intérêt de la masse des créanciers ou si la procédure dont le jugement est issu n'aurait pas pu être ouverte sans l'insolvabilité du débiteur<sup>37</sup>. Ainsi, le projet de Convention ne s'applique pas, par exemple, aux jugements d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, concernant sa conduite et sa clôture, approuvant un plan de restructuration, écartant les transactions nuisant à la masse des créanciers ou portant sur le rang des créances<sup>38</sup>.

**46** Toutefois, le projet de Convention s'applique aux jugements portant sur des actions fondées sur le droit commun civil ou commercial, même si elles sont introduites par ou contre une personne agissant en qualité d'administrateur de l'insolvabilité dans le cadre de la procédure d'insolvabilité d'une partie. Il s'applique ainsi aux jugements portant sur des actions en exécution d'obligations découlant d'un contrat conclu par le débiteur ou sur des actions en dommages et intérêts fondées sur la responsabilité délictuelle<sup>39</sup>. Exemple : A conclut un contrat de vente avec B. A est ensuite déclaré failli dans l'État X. Le projet de Convention s'appliquera à tout jugement rendu contre B à l'issue d'une action en exécution du contrat même si celle-ci a été introduite par la personne nommée administrateur de l'insolvabilité dans la faillite de A. De même, il s'appliquera si cette action a été intentée par B contre A agissant par l'intermédiaire de la personne nommée administrateur de l'insolvabilité dans la faillite de A.

**47** Notons toutefois que l'application du projet de Convention aura un effet limité lorsque le débiteur du jugement fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité. En effet, cette procédure est une procédure collective qui fait généralement obstacle à ce que les créanciers fassent individuellement valoir leurs créances par des actions en exécution distinctes (s'il n'en était pas ainsi, l'administration et la liquidation ordonnées des biens ou la restructuration du débiteur serait impossible) ; et l'effet de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur les actions individuelles en exécution n'est pas régi par le projet de Convention. Par conséquent, si le jugement est favorable à la contrepartie du débiteur insolvable – B dans l'exemple ci-dessus – son exécution peut être affectée par la procédure d'insolvabilité. Le créancier du jugement (B) peut en solliciter la reconnaissance et l'exécution en vertu du projet de Conven-

tion dans l'État ou le territoire où la procédure d'insolvabilité est ouverte – l'État X dans l'exemple – mais il n'obtiendra le paiement que dans le cadre de la procédure d'insolvabilité ou du plan de restructuration. En ce sens, le jugement étranger doit être traité comme un jugement national, mais pas mieux. De même, le créancier du jugement (B) peut en demander la reconnaissance et l'exécution dans d'autres États, différents de celui dans lequel la procédure d'insolvabilité est ouverte, mais l'exécution peut être affectée par l'ouverture de la procédure d'insolvabilité si celle-ci est reconnue dans l'État requis (que ce soit en vertu de la Loi-modèle de la CNUDCI ou non). En ce sens, l'alinéa (e), contrairement aux autres exclusions, peut faire directement obstacle à l'obligation d'exécuter un jugement rendu dans un autre État contractant qui est énoncée à l'article 4(1) du projet de Convention.

**48 Transport de passagers et de marchandises.** L'alinéa (f) exclut les contrats de transport national ou international de passagers ou de marchandises, quel que soit le mode de transport. Cette exclusion s'étend au transport maritime, terrestre et aérien ou à toute combinaison de ces trois modes<sup>40</sup>. Le transport international de personnes ou de marchandises fait l'objet de plusieurs Conventions importantes, et cette exclusion évite les conflits entre instruments. En tout état de cause, cette exclusion n'est pas limitée aux contrats commerciaux de transport et couvre donc également les contrats de consommation ; le projet de Convention ne s'applique pas, par exemple, à un jugement portant sur le dommage corporel dont est victime un passager blessé dans un accident par suite de la négligence d'un chauffeur de taxi. Inversement, cette exclusion ne couvre pas les préjudices aux tiers tels qu'une victime d'un accident qui n'était pas un passager. Elle ne s'applique pas non plus aux contrats complexes associant des services aux touristes comme le transport et le logement à d'autres services lorsque le transport seul n'est pas le principal objet du contrat.

**49 Matières maritimes.** L'alinéa (g) exclut cinq matières maritimes : la pollution marine, la limitation de responsabilité pour des demandes en matière maritime, les avaries communes, ainsi que le remorquage et le sauvetage d'urgence. Cette exclusion a été introduite par la Convention Election de for de 2005 parce que le droit maritime est un domaine très spécialisé et que les États n'ont pas tous adopté les instruments internationaux en la matière. Sous réserve de la limitation de responsabilité, les autres matières maritimes telles que l'assurance maritime, le remorquage et le sauvetage en dehors des cas d'urgence, la construction navale ou les hypothèques et privilèges portant sur des navires entrent dans le champ d'application du projet de Convention<sup>41</sup>.

**50 Dommages nucléaires.** L'alinéa (h) exclut la responsabilité pour les dommages nucléaires. L'explication de cette exclusion donnée par le Rapport Hartley/Dogauchi est que les dommages nucléaires font l'objet de diverses Conventions internationales qui attribuent à l'État dans lequel s'est produit l'accident nucléaire une compétence exclusive sur les actions en responsabilité qui résultent de l'accident<sup>42</sup>. Dans certains cas, l'article 24 du projet de Conven-

<sup>35</sup> Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 16 au 24 février 2017), Rapport de séance No 2, para. 30 à 50.

<sup>36</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 57.

<sup>37</sup> Voir Doc. trav. No 104 de février 2017, « Proposition de la délégation de l'Union européenne » (en anglais uniquement) (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 16 au 24 février 2017)).

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> *Ibid.* ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 57.

<sup>40</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 58.

<sup>41</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 59. Pour une explication de la portée des termes « limitation de responsabilité pour des demandes en matière maritime », voir P. Schlosser, « Rapport sur la Convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du Royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ainsi qu'au Protocole concernant son interprétation par la Cour de justice », *Journal officiel des Communautés européennes*, No C 59/71, Luxembourg, 1979 (ci-après, « Rapport Schlosser »), para. 124 à 130.

<sup>42</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 64.



paragraph (e) appropriate to prevent any ambiguity or loophole in the text.<sup>35</sup>

**45 Insolvency-related judgments.** Sub-paragraph (e) excludes judgments directly concerning insolvency.<sup>36</sup> This exclusion applies if the right or the obligation which was the legal basis of the action in the State of origin was based in rules pertaining specifically to insolvency proceedings, rather than general rules of civil or commercial law. If the action derives from insolvency rules, the exclusion would preclude the circulation of the judgment under the draft Convention, but if the action derives from civil or commercial law, the judgment may circulate (see, however, *infra* para. 47). Courts of the requested State may consider the following criteria when deciding whether the judgment was based on insolvency rules, in particular: whether the judgment was given on or after the commencement of the insolvency proceedings, whether the proceedings from which the judgment derived served the interest of the general body of creditors, or whether the proceedings from which the judgment derived could not have been brought but for the debtor's insolvency.<sup>37</sup> Thus, the draft Convention does not apply, for example, to judgments opening insolvency proceedings, concerning their conduct and closure, approving a restructuring plan, setting aside transactions detrimental to the general body of creditors or on the ranking of claims.<sup>38</sup>

**46** The draft Convention does, however, apply to judgments on actions based on general rules of civil or commercial law, even if the action is brought by or against a person acting as insolvency administrator in one party's insolvency proceedings. Thus, the draft Convention applies to judgments on actions for the performance of obligations under a contract concluded by the debtor, or actions on non-contractual damages.<sup>39</sup> For example, consider where A enters into a sale contract with B. A is then declared bankrupt in State X. The draft Convention will apply to any judgment against B to perform the contract even if the action was brought by the person appointed as insolvency administrator in A's bankruptcy. By the same token, the draft Convention will apply if such action was brought by B against A acting through the person appointed as insolvency administrator in A's bankruptcy.

**47** Note, however, that the application of the draft Convention will be of limited effect in cases where the judgment debtor is in insolvency proceedings. Insolvency proceedings are collective proceedings that usually prevent individual creditors from enforcing their claims by means of separate enforcement actions (otherwise, the orderly administration and liquidation of the estate or the reorganisation of the debtor would not be feasible); and the effect of commencing insolvency proceedings on individual enforcement actions is not governed by the draft Convention. Accordingly, if the judgment is favourable to the insolvent debtor's counterparty – B in the above example – the enforcement of such judgment may be affected by the insolvency proceedings. The judgment creditor (B) may seek recognition and enforcement of the judgment under the

draft Convention in the jurisdiction where insolvency proceedings are commenced – State X in the example – but will only receive payment through the insolvency process or the reorganisation plan. In this sense, the foreign judgment must be treated in the same way as a domestic judgment, but no better. Likewise, the judgment creditor (B) may seek recognition and enforcement of the judgment in other States different from the State where insolvency proceedings are commenced, but the enforcement of the judgment may be affected by the commencement of the insolvency proceedings if those proceedings are recognised in the requested State (under the UNCITRAL Model Law or otherwise). In this sense, sub-paragraph (e) may, unlike other exclusions, directly interfere with the obligation laid down by Article 4(1) of the draft Convention to enforce a judgment given in another Contracting State.

**48 Carriage of passengers and goods.** Sub-paragraph (f) excludes contracts for the national or international carriage of passengers or goods, regardless of the means of transport. Exclusion extends to carriage by sea, land and air, or any combination of the three.<sup>40</sup> The international carriage of persons or goods is subject to a number of other important Conventions, and this exclusion prevents conflicts of instruments from arising. In any event, the exclusion is not limited to commercial contracts for carriage and, therefore, it also covers consumer contracts, e.g., the draft Convention does not apply to a judgment for personal injury to a passenger injured in an accident as a result of a taxi driver's negligence. Conversely, this exclusion does not cover damages to third parties, e.g., a victim in an accident who was not a passenger. Nor does it apply to complex contracts that combine tourist services, such as transport, accommodation and other services, where the transport alone is not the main object of the contract.

**49 Maritime matters.** Sub-paragraph (g) excludes five maritime matters: marine pollution, limitation of liability for maritime claims, general average, emergency towage and emergency salvage. This exclusion was introduced by the 2005 Choice of Court Convention because maritime law is a highly specialised field and not all States have adopted the relevant international instruments. Subject to the limitation of liabilities, other maritime matters, such as marine insurance, non-emergency towage and salvage, shipbuilding or ship mortgages and liens are included in the scope of the draft Convention.<sup>41</sup>

**50 Nuclear damage.** Sub-paragraph (h) excludes liability for nuclear damage. The explanation for this exclusion in the Hartley/Dogauchi Report is that nuclear damage is the subject of various international Conventions providing that the State where the nuclear accident takes place has exclusive jurisdiction over actions for damages for liability resulting from the accident.<sup>42</sup> In some cases, Article 24 of the

<sup>35</sup> Minutes of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (16-24 February 2017), Minutes No 2, paras 30-50.

<sup>36</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 57.

<sup>37</sup> See Work. Doc. No 104 of February 2017, "Proposal of the delegation of the European Union" (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (16-24 February 2017)).

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> *Ibid.*; Hartley/Dogauchi Report, para. 57.

<sup>40</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 58.

<sup>41</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 59. For an explanation on the scope of the terms "limitation of liability for maritime claims", see P. Schlosser, "Report on the Convention of 9 October 1978 on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice", *Official Journal of the European Communities*, No C 59/71, Luxembourg, 1979 (hereinafter, "Schlosser Report"), paras 124-130.

<sup>42</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 64 (notes omitted).

tion pourrait donner la priorité à ces instruments par rapport à ce projet de Convention. Cependant, certains États équipés de centrales nucléaires ne sont Parties à aucune des Conventions sur la responsabilité au titre des dommages nucléaires. Ces États pourraient éprouver des réticences à reconnaître des jugements rendus dans un autre État en vertu d'un des critères de compétence énoncés à l'article 5 du projet de Convention. Lorsque les opérateurs de centrales nucléaires bénéficient d'une limitation de responsabilité en vertu du droit interne de l'État en question ou lorsque la réparation des dommages est financée sur des fonds publics, une procédure collective unique dans cet État en vertu de son droit interne serait nécessaire pour une résolution uniforme au regard de la responsabilité et une répartition équitable de fonds limités entre les victimes. Puisque cette exclusion couvre les accidents nucléaires, elle ne couvre pas les demandes en responsabilité délictuelle dans le domaine médical concernant la médecine nucléaire (y compris la radiothérapie, par ex.).

51 **Personnes morales.** L'alinéa (i) exclut la validité, la nullité ou la dissolution des personnes morales ainsi que la validité des décisions de leurs organes. Sont également exclues « les associations entre personnes physiques ou personnes morales », c'est-à-dire les entités non immatriculées dépourvues de personnalité juridique. Ces matières sont souvent soumises à la compétence exclusive de l'État dont la loi s'applique à ces entités afin d'éviter une pluralité de fors dans ce domaine et de garantir la sécurité juridique<sup>43</sup>. Les jugements rendus dans ces matières ont été exclus du champ d'application du projet de Convention parce qu'ils ne sont pas habituellement reconnus et exécutés dans d'autres États<sup>44</sup>. L'exclusion ne couvre que la validité, la nullité ou la dissolution des sociétés ayant la personnalité morale et des associations ou la validité ou la nullité des décisions de leurs organes, tels que l'assemblée générale des actionnaires ou le conseil d'administration. Elle ne s'étend pas aux autres jugements portant sur des questions de droit des sociétés, tels les jugements relatifs à la responsabilité des administrateurs, à des demandes de paiement de dividendes ou à des demandes de paiement des cotisations des membres. Naturellement, toute question relevant de la responsabilité contractuelle ou délictuelle qui concerne les activités d'une personne morale demeure dans le champ d'application du projet de Convention.

52 **Validité des inscriptions sur les registres publics.** L'alinéa (j) exclut la validité ou la nullité des inscriptions sur les registres publics, y compris les registres fonciers, les registres d'hypothèques et de servitudes et les registres de propriété commerciale ou intellectuelle<sup>45</sup>. Les registres publics sont tenus par des autorités publiques et impliquent l'exercice de prérogatives de puissance publique, et, en général, les actions portant sur la validité des inscriptions doivent être introduites contre l'autorité publique qui tient le registre. Entrent par exemple dans cette catégorie les situations dans lesquelles l'inscription est refusée ou modifiée par le greffier et le demandeur exerce un recours contre cette décision. Ce litige implique généralement le demandeur et le greffier. Par conséquent, en principe, les inscriptions sur les registres publics relèvent de la matière administrative et n'entrent pas dans le champ d'application du projet de Convention. L'article 2(1)(j) évite toute incertitude sur ce point.

<sup>43</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 170.

<sup>44</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 70.

<sup>45</sup> Le Rapport Hartley/Dogauchi explique que « [c]ertains pourraient ne pas considérer cela comme une matière civile ou commerciale. Cependant, comme certains instruments internationaux [tels le Règlement de Bruxelles I en son art. 22(3)] prévoient une compétence exclusive à l'égard de procédures dont l'objet est la validité de telles inscriptions, il a été jugé préférable de les exclure expressément afin de lever toute ambiguïté. » *Ibid.*, para. 82.

53 Toutefois, cette exclusion ne s'étend pas aux effets juridiques des inscriptions<sup>46</sup>. Ainsi, par exemple, elle ne couvre pas une action contre un tiers, acquéreur d'un immeuble, fondée sur un droit de préemption inscrit au registre foncier. De même, n'est pas exclue non plus une action contre une personne privée fondée sur la nullité du transfert de propriété d'un immeuble, même si la propriété du défendeur est inscrite au registre foncier. Ce jugement ne porte pas sur la « validité de l'inscription » en tant que telle, mais sur la validité du titre de propriété (c.-à-d. le contrat) à l'origine de cette inscription.

54 **Diffamation.** L'alinéa (k) exclut la diffamation du champ d'application du projet de Convention. La diffamation est une matière sensible pour de nombreux États, car elle touche à la liberté d'expression et a, à ce titre, des implications constitutionnelles. Cette exclusion couvre la diffamation des personnes physiques et des personnes morales opérée par tout moyen de communication public, comme la presse, la radio, la télévision ou Internet. Elle couvre les cas de diffamation orale ou écrite (c.-à-d. des informations ou des opinions portant atteinte à l'honneur ou à la réputation d'une personne).

55 **[Droit à la vie privée.** L'alinéa (l) exclut le droit à la vie privée. Comme pour la diffamation, le droit à la vie privée implique un équilibre délicat entre les droits fondamentaux ou constitutionnels, et c'est une question sensible pour de nombreux États. Contrairement à la diffamation, cette exclusion s'applique à la divulgation publique d'informations *exactes*, y compris, par exemple, des images ou des enregistrements audio. Aux fins de cette exclusion, une atteinte à la vie privée peut être définie comme *une divulgation publique non autorisée d'une information relative à la vie privée*<sup>47</sup>. Cette définition contient trois éléments clés : *premièrement*, l'information doit être divulguée, comme dans le cas de la diffamation, par un moyen de communication public tel que la presse, la radio, la télévision ou Internet. *Deuxièmement*, cette publication doit être *non autorisée*, par exemple, non autorisée par la personne concernée dans le contexte d'un contrat ou par une autorité compétente. L'application de cette condition peut exiger que les tribunaux de l'État requis procèdent à un réexamen au fond du jugement rendu par le tribunal d'origine. Et, *troisièmement*, elle ne s'applique qu'aux personnes physiques puisque les personnes morales n'ont pas de « vie privée ». La protection des données, l'intrusion ou la divulgation d'informations confidentielles ne sont incluses à l'alinéa (l) que dans la mesure où elles concernent la vie privée de personnes physiques. Les exclusions couvrent les actions en réparation fondées sur une atteinte au droit à la vie privée ou visant à empêcher la divulgation publique d'informations privées.]

<sup>46</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 172.

<sup>47</sup> Voir Doc. trav. No 226 Révisé de novembre 2017, « Proposition de la délégation de l'Union européenne » (en anglais uniquement) (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 13 au 17 novembre 2017)) ; C. North (avec l'aide du Bureau Permanent), « Note concernant l'éventuelle exclusion du champ d'application de la Convention des questions touchant au respect de la vie privée, tel qu'il en ressort de l'article 2(1)(k) du Projet de Convention de février 2017 », Doc. pré-l. No 8 de novembre 2017 à l'attention de la Troisième réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 13 au 17 novembre 2017) (disponible sur le site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse <www.hcch.net>, sous les rubriques « Jugements », puis « Commission spéciale sur le projet sur les Jugements »), para. 51.

draft Convention might give those instruments priority over this draft Convention. There are, however, some States with nuclear power plants that are not parties to any of the nuclear liability Conventions. Such States might be reluctant to recognise judgments given in another State by virtue of one of the jurisdictional grounds laid down by Article 5 of the draft Convention. Where the operators of the nuclear power plants benefit from limited liability under the law of the State in question, or where compensation for damage is paid out of public funds, a single collective procedure in that State under its internal law would be necessary for a uniform resolution of liability and an equitable distribution of a limited fund among the victims. This exclusion addresses nuclear accidents and therefore does not cover tortious medical claims regarding nuclear medicine (including radiation therapy, for example).

**51 Legal persons.** Sub-paragraph (i) excludes the validity, nullity or dissolution of legal persons, and the validity of decisions of their organs. The exclusion also encompasses “associations of natural or legal persons”, *i.e.*, unregistered entities without legal personality. These matters are often subject to the exclusive jurisdiction of the State whose law applies to those entities in order to avoid a plurality of fora in this field and to ensure legal certainty.<sup>43</sup> Judgments on these matters were excluded from the scope of the draft Convention because they are not usually recognised and enforced in other States.<sup>44</sup> The exclusion only covers the validity, nullity or dissolution of legal companies and associations, or the validity or nullity of decisions of their organs, *e.g.*, the shareholders’ meeting or the board of directors. But the exclusion does not cover other judgments related to company law issues, such as judgments on directors’ liability, claims for dividend payments or for payments of members’ contributions. Naturally, any contract or tortious matter relating to the activities of a legal person remains within the scope of the draft Convention.

**52 Validity of entries in public registers.** Sub-paragraph (j) excludes the validity or nullity of entries in public registers, including land registers, land charges registers and commercial or intellectual property registers.<sup>45</sup> Public registers are kept by public authorities and imply the exercise of a sovereign power and actions on validity of entries must usually be brought against the public authority keeping the register. This includes, for example, cases where registration is refused or amended by the Registrar and the applicant appeals against the decision. This litigation usually takes place between the applicant and the Registrar. Accordingly, in principle, entries in public registers are administrative matters outside the scope of the draft Convention. Article 2(1)(j) prevents doubt.

<sup>43</sup> Nygh/Pocar Report, para. 170.

<sup>44</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 70.

<sup>45</sup> The Hartley/Dogauchi Report explains that “[s]ome people may not regard this as a civil or commercial matter. However, as some international instruments [for instance, Art. 22(3) of the Brussels I Regulation] provide for exclusive jurisdiction over proceedings that have the validity of such entries as their object, it was thought better to exclude them explicitly in order to avoid any doubts.” *Ibid.*, para. 82.

**53** The exclusion does not extend, however, to the legal effects of the entries.<sup>46</sup> Thus, for example, an action against a third party purchaser of an immovable property based on a right of pre-emption registered in the land register is not excluded. By the same token, an action against a private person based on the invalidity of the conveyance of ownership over an immovable property is not excluded either, even if the defendant’s ownership is registered in the land register. This judgment is not on the “validity of the entry” as such, but on the validity of the title (*i.e.*, the contract) which gave rise to that entry.

**54 Defamation.** Sub-paragraph (k) excludes defamation from the scope of the draft Convention. Defamation is a sensitive matter for many States, since it touches upon freedom of expression and therefore has constitutional implications. The exclusion covers defamation of both natural and legal persons, and by any means of public communication, such as press, radio, television or the internet. It includes cases of libel and slander (*i.e.*, news or opinions affecting the honour or reputation of a person).

**55 [Privacy.** Sub-paragraph (l) excludes privacy. As with defamation, privacy involves a delicate balance between fundamental or constitutional rights and is a sensitive matter for many States. Unlike defamation, this exclusion applies to the disclosure of *true* information, including, *e.g.*, pictures or audio recordings. For the purposes of this exclusion, an intrusion upon privacy may be defined as *an unauthorised public disclosure of information relating to private life*.<sup>47</sup> This definition contains three key elements. *Firstly*, the information must be disclosed, like in the case of defamation, by means of public communication such as press, radio, television or the internet. *Secondly*, the disclosure must be *unauthorised*, *e.g.*, not authorised by the relevant person in the context of a contract or by a competent authority. The application of this condition may require courts in the requested State to review the merits of the judgment granted by the court of origin. And *thirdly*, it only applies to natural persons since legal persons do not have a “private life”. Data protection, intrusion or breach of confidence are only included in sub-paragraph (l) insofar as they relate to the private life of natural persons. The exclusions cover privacy-based claims for compensation or to prevent public disclosure of private information.]

<sup>46</sup> Nygh/Pocar Report, para. 172.

<sup>47</sup> See Work. Doc. No 226 Revised of November 2017, “Proposal of the delegation of the European Union” (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2017)); C. North (with the assistance of the Permanent Bureau), “Note on the possible exclusion of privacy matters from the Convention as reflected in Article 2(1)(k) of the February 2017 draft Convention”, Prel. Doc. No 8 of November 2017 for the attention of the Third Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2017) (available on the Hague Conference website at <www.hcch.net>, under the “Judgments Section”, then “Special Commission on the Judgments Project”), para. 51.

56 [Droits de propriété intellectuelle<sup>48</sup>. L'alinéa (m) exclut la propriété intellectuelle [et les matières analogues]. La portée de l'exclusion a été longuement débattue lors de la réunion de la Commission spéciale de novembre 2017. Des délégations ont proposé d'insérer une liste détaillée mais non exhaustive des questions de propriété intellectuelle, tandis que d'autres préféraient une liste non limitative sans préciser les types de questions de propriété intellectuelle. Les discussions ont notamment porté sur les moyens d'exclure les droits de propriété intellectuelle qui ne sont pas universellement reconnus. Une solution a été trouvée dans l'expression « matières analogues », qui recouvre un large éventail de domaines considérés comme des droits de propriété intellectuelle dans certains droits internes, mais pas dans d'autres, comme les connaissances traditionnelles, les ressources génétiques et les expressions culturelles traditionnelles. Ce terme a toutefois été placé entre crochets pour consultation ultérieure, car ce qu'il recouvre, l'opportunité de le définir plus précisément et la question de savoir si c'est la meilleure description pour le but recherché n'ont pas été définitivement tranchées<sup>49</sup>. Il convient de noter qu'une expression similaire « droit analogue » figure à l'article 5(3).

57 Si les jugements relatifs à la propriété intellectuelle étaient exclus du projet de Convention, seuls le droit interne de chaque État ou d'autres instruments bilatéraux ou multilatéraux conclus par les États en matière de reconnaissance et d'exécution détermineraient si et comment ces jugements doivent être reconnus et exécutés. Cela étant, le projet de Convention jouera tout de même un rôle par l'application de l'article 8(3). Le projet de Convention, comme la Convention Élection de for de 2005, s'applique aux contrats traitant de droits de propriété intellectuelle tels que les contrats de licence, les contrats de distribution, les contrats de coentreprise ou les contrats de développement d'un droit de propriété intellectuelle<sup>50</sup>. Dans ces litiges, la nullité d'un droit de propriété intellectuelle nécessitant délivrance, octroi ou enregistrement pourrait être invoquée en défense (et donc à titre préalable). Dans ce contexte, l'article 8(3) sera pertinent pour les tribunaux de l'État requis lorsqu'ils déterminent s'il y a lieu de reconnaître ou d'exécuter le jugement portant sur le litige contractuel (voir, *infra*, para. 323 à 330).]

58 [Activités des forces armées. L'alinéa (n) exclut les jugements relatifs aux activités des forces armées, y compris celles de leur personnel dans l'exercice de ses fonctions officielles (voir aussi, *infra*, art. 20<sup>51</sup>). En principe, ces jugements seront exclus en vertu de l'article 1(1) parce que ce ne sont pas des jugements en matière civile ou commerciale. En outre, les personnes qui exercent de telles activités bénéficieront de l'immunité juridictionnelle en vertu du droit international, qui n'est pas affectée par le projet de Convention (art. 2(5) ; voir, *infra*, para. 73 à 76). Cependant, comme il n'existe pas de définition uniforme ou standard des *actes jure imperii* et des *actes jure gestionis*, les États peuvent avoir des vues différentes sur cette ques-

tion ; cette exclusion est donc insérée pour apporter une plus grande certitude. Elle précise que les activités des forces armées sont en tout état de cause exclues du champ d'application de la Convention et que les États contractants ne sont pas tenus de reconnaître ou d'exécuter les jugements portant sur ces matières, que ces activités aient ou non la qualification d'actes *jure imperii* dans l'État d'origine ou dans l'État requis. Cette exclusion garantit aussi la cohérence avec les autres traités bilatéraux ou multilatéraux qui prévoient des mécanismes exclusifs de résolution des différends pour certaines actions de droit privé contre les forces armées<sup>52</sup>.

59 Cette exclusion couvre les jugements relatifs aux activités de forces armées en tant que telles et aux activités de leur personnel « dans l'exercice de ses fonctions officielles ». Par conséquent, tout jugement rendu contre des forces armées (ou en faveur de celles-ci) est exclu alors qu'un jugement concernant leur personnel n'est exclu que s'il statue sur un différend découlant de l'exercice de ses fonctions officielles. Ainsi, par exemple, le projet de Convention couvre un jugement statuant sur une demande civile contre un soldat découlant de ses activités personnelles, comme l'achat d'un véhicule privé ou un accident de la circulation au cours d'un voyage d'agrément. À l'inverse, si l'accident survient dans le contexte d'un exercice militaire, un jugement rendu contre le soldat individuel sera exclu.]

60 [Activités relatives au maintien de l'ordre. L'alinéa (o) exclut les jugements portant sur des activités relatives au maintien de l'ordre, y compris celles du personnel chargé du maintien de l'ordre dans l'exercice de ses fonctions officielles. Cette exclusion est étroitement liée à l'exclusion prévue à l'alinéa (n) et suit la même formulation, avec une différence importante : afin d'éviter tout litige portant sur la nature d'entité chargée du maintien de l'ordre d'une agence donnée, cette exclusion mentionne les « activités relatives au maintien de l'ordre » et non une personne ou une entité comme les forces armées. Elle couvre généralement les organismes qui exercent des activités de maintien de l'ordre, comme la police ou les agents chargés du contrôle aux frontières.]

61 [Concurrence. L'alinéa (p) exclut les jugements en matière de concurrence. Cette exclusion, qui figure également dans la Convention Élection de for de 2005 (voir art. 2(1)(h))<sup>53</sup>, est rendue par l'expression « entraves à la concurrence » parce que les États et systèmes juridiques emploient différents termes pour des règles dont le contenu matériel est similaire. Ainsi, par exemple, en anglais, cette matière est appelée « *anti-trust law* » aux États-Unis et « *competition law* » en Europe. C'est la raison pour laquelle ces deux termes sont employés dans la version anglaise du projet de Convention.

62 Cette disposition exclut, par exemple, des actions en dommages et intérêts pour violation du droit de la concurrence fondées sur la responsabilité délictuelle. De même, elle exclut les actions en responsabilité contractuelle lorsque le demandeur invoque la nullité du contrat en raison de sa nature anticoncurrentielle ou lorsqu'un acheteur sollicite le remboursement de prix excessifs payés au vendeur par suite d'un abus de position dominante de ce dernier. En

<sup>48</sup> Du fait des divergences de vues exprimées, la Commission spéciale a décidé d'inclure deux alternatives mutuellement exclusives : d'une part, des dispositions correspondant à l'exclusion des questions de propriété intellectuelle (art. 2(1)(m)) et, d'autre part, des dispositions correspondant à l'inclusion de ces questions (art. 5(3), 6(a), 7(1)(g), 8(3) et 11), toutes les dispositions figurant entre crochets pour indiquer qu'aucun accord n'a été trouvé. Les commentaires dans ce Rapport couvrent les deux alternatives. Voir aussi le Document de référence de mai 2018, « Traitement des jugements en matière de propriété intellectuelle en vertu du projet de Convention de novembre 2017 » (disponible sur le site web de la Conférence de La Haye à l'adresse <www.hcch.net>, sous les rubriques « Jugements », puis « Commission spéciale »).

<sup>49</sup> Voir Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 13 au 17 novembre 2017), Rapport de séance No 6, para. 35 à 42, Rapport de séance No 7, para. 4 à 18.

<sup>50</sup> Voir le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 76.

<sup>51</sup> Notons que pour certains États, cette nouvelle disposition peut supprimer la nécessité d'une déclaration en vertu de l'art. 20.

<sup>52</sup> Si un tribunal d'un État ne tenait pas compte de ces mécanismes et rendait un jugement, cela pourrait donner lieu à une demande de reconnaissance et d'exécution en vertu de la Convention, ce qui nuirait à l'intégrité de ces traités bilatéraux ou multilatéraux.

<sup>53</sup> Voir aussi Doc. trav. No 198 d'octobre 2017, « Proposition de la délégation de la République de Corée » (en anglais uniquement) (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 13 au 17 novembre 2017)), qui donne des motifs complémentaires pour cette exclusion.

56 [Intellectual Property rights.<sup>48</sup> Sub-paragraph (m) excludes intellectual property [and analogous matters]. The scope of the exclusion was discussed at length at the November 2017 meeting of the Special Commission. There was a proposal to include a detailed but non-exhaustive list of excluded judgments concerning IP matters. Others preferred an open list without detailing specific types of IP matters. In particular, the discussion focused on how to exclude IP rights that are not universally recognised. A solution was found in the term “analogous matters”, which captures a broad range of issues that are considered intellectual property rights according to certain national laws but not others, such as traditional knowledge, genetic resources and traditional cultural expressions. The term was, however, put into square brackets for further consultation as discussions continued about what it covers, whether it should be further defined, and whether it is the best description for what it is intended to achieve.<sup>49</sup> It should be noted that a similar term, “analogous right”, is included in Article 5(3).

57 If intellectual property-related judgments were to be excluded from the draft Convention, whether and how such judgments should be recognised and enforced will only be determined by the national law of each State or by other bilateral or multilateral instruments concluded by the States with regard to recognition and enforcement. Nevertheless, the draft Convention will still play a role through the application of Article 8(3). The draft Convention, like the 2005 Choice of Court Convention, applies to contracts dealing with intellectual property rights such as licensing agreements, distribution agreements, joint venture agreements or agreements for the development of an intellectual property right.<sup>50</sup> In such disputes, the invalidity of an intellectual property right requiring grant or registration could be raised as a defence (and thus as a preliminary question). In this context, Article 8(3) will be relevant to courts in the requested State in determining whether to recognise or enforce the judgment on the contractual dispute (see *infra* paras 323-330).]

58 [Activities of armed forces. Sub-paragraph (n) excludes judgments related to the activities of armed forces, including the activities of their personnel in the exercise of their official duties (see also *infra* Art. 20<sup>51</sup>). In principle, these judgments will be excluded under Article 1(1) because they are not judgments on civil and commercial matters. In addition, the persons who carry out such activities will benefit from jurisdictional immunity under international law, which is unaffected by the draft Convention (Art. 2(5); see *infra* paras 73-76). But there are no uniform or standard definitions for *acta iure imperii* and *acta iure gestionis*, so States may have different views on this issue. According-

<sup>48</sup> Due to the diverging views expressed, the Special Commission decided to include two mutually exclusive alternatives: on the one hand, provisions reflecting the exclusion of intellectual property matters (Art. 2(1)(m)) and, on the other hand, provisions reflecting the inclusion of those matters (Arts 5(3), 6(a), 7(1)(g), 8(3) and 11), with all provisions in square brackets to indicate that no agreement was reached. The commentaries in this Report cover both alternatives. See also Background Document of May 2018, “Treatment of Intellectual Property-Related Judgments under the November 2017 draft Convention” (available on the Hague Conference website at <www.hcch.net>, under the “Judgments Section”, then “Special Commission on the Judgments Project”).

<sup>49</sup> See Minutes of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2017), Minutes No 6, paras 35-42, Minutes No 7, paras 4-18.

<sup>50</sup> See Hartley/Dogauchi Report, para. 76.

<sup>51</sup> Note that, for some States, this new provision may supersede the need for a declaration under Art. 20.

ly, this exclusion is included to provide greater certainty. It clarifies that activities of armed forces are in any event outside the scope of the Convention and Contracting States are not obliged to recognise or enforce judgments on these matters, irrespective of whether those activities qualify as *acta iure imperii* in the State of origin or in the requested State. This exclusion also ensures consistency with other bilateral or multilateral treaties that provide for exclusive dispute resolution mechanisms for certain private law claims against armed forces.<sup>52</sup>

59 The exclusion covers judgments related to the activities of armed forces as such and the activities of their personnel “in the exercise of their official duties”. Thus, any judgment against (or in favour of) the armed forces is excluded, whereas a judgment concerning their personnel is only excluded if it rules on a dispute arising from the exercise of their official duties. Thus, for example, a judgment on a civil claim against a soldier deriving from his or her personal activities, such as a purchase of a private vehicle or a car accident during a holiday trip, is covered by the draft Convention. Conversely, if the accident occurs in the context of a military exercise, any judgment against the individual soldier will be excluded.]

60 [Law enforcement activities. Sub-paragraph (o) excludes judgments related to law enforcement activities, including the activities of law enforcement personnel in the exercise of their duties. This exclusion is closely linked to the exclusion in sub-paragraph (n) and follows the same formulation, with an important difference. To avoid definitional dispute about whether a particular agency is a law enforcement entity, the exclusion refers to “law enforcement activities” rather than a person or entity, like the armed forces. It typically covers bodies that carry out law enforcement activities, such as the police force or border control officers.]

61 [Antitrust/competition. Sub-paragraph (p) excludes judgments on anti-trust matters. This exclusion, which is also contained in the 2005 Choice of Court Convention (see Art. 2(1)(h)),<sup>53</sup> is phrased as “anti-trust (competition) matters” because different terms are used in different States and legal systems for rules of similar substantive content. Thus, for example, the standard term in the United States is “anti-trust law”, while in Europe it is “competition law”. Therefore, both terms are used in the draft Convention.

62 The provision excludes, for example, actions in tort for damages for breach of anti-trust/competition law. Likewise, it excludes actions in contract where the claimant argues the contract is void because of its anti-competitive character, or when a buyer seeks repayment of excessively high prices paid to the seller as a result of the seller’s abuse of its dominant position. On the other hand, if a person sues

<sup>52</sup> If a court in one State ignored these mechanisms and rendered a judgment, this might give rise to a request under the draft Convention to recognise and enforce such a judgment, which would undercut the integrity of those bilateral or multilateral treaties.

<sup>53</sup> See also Work. Doc. No 198 of October 2017, “Proposal of the delegation of the Republic of Korea” (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2017)), providing additional reasons for this exclusion.

revanche, si une personne poursuit en vertu d'un contrat et le défendeur prétend que le contrat est nul parce qu'il contrevient au droit de la concurrence, le jugement n'est pas exclu parce que les entraves à la concurrence ne sont soulevées qu'à titre préalable et ne font pas l'objet de la procédure. Dans ce contexte, l'article 8(2) sera pertinent pour les tribunaux de l'État requis qui déterminent s'il y a lieu de reconnaître ou d'exécuter le jugement portant sur le litige contractuel. L'alinéa (p) ne couvre pas ce qu'on appelle parfois la « concurrence déloyale » (en anglais, « *unfair competition* »), par exemple, une publicité trompeuse ou le fait de faire passer ses produits pour ceux d'un concurrent<sup>54</sup>.]

## Paragraphe 2

**63 Questions préalables.** Le paragraphe 2 précise qu'un jugement n'est pas exclu lorsqu'une question relevant d'une matière exclue est soulevée seulement à titre préalable et, en particulier, lorsqu'elle est invoquée dans le cadre d'un moyen de défense. Les questions préalables sont des questions de droit qui doivent être réglées avant de statuer sur une demande mais qui ne constituent pas l'objet principal ou la question principale de la procédure<sup>55</sup>. Ce paragraphe reconnaît que les questions de droit dans un jugement peuvent être distinctes des unes des autres mais considérées successivement, une décision sur une question principale étant basée sur une autre question, préalable. Ainsi, par exemple, [dans une action en dommages et intérêts pour violation d'un contrat de licence de propriété intellectuelle (objet principal), le tribunal devra peut-être déterminer en premier lieu si le droit de propriété intellectuelle est valable (question préalable) ou] dans une action en dommages et intérêts pour violation d'un contrat de vente (objet principal), le tribunal devra peut-être déterminer en premier lieu si une partie avait la capacité juridique pour conclure un tel contrat (question préalable) ou, dans une action en paiement de dividendes (objet principal), il devra peut-être statuer sur la décision de l'assemblée générale des actionnaires ayant approuvé un tel paiement (question préalable). Les questions préalables sont habituellement, mais pas toujours, introduites par le défendeur pour se défendre.

**64** Dans ces circonstances, le paragraphe 2 dispose qu'un jugement n'est pas exclu du champ d'application du projet de Convention lorsqu'une des matières exclues est soulevée seulement à titre préalable, et en particulier, lorsqu'elle est invoquée dans le cadre d'un moyen de défense. L'application du projet de Convention est donc déterminée par l'objet de la procédure devant le tribunal d'origine. S'il entre dans le champ d'application du projet de Convention, comme dans les exemples donnés plus haut, cet instrument s'applique. La question essentielle est de savoir si le jugement final dépend de la réponse donnée à la question préalable, que la décision portant sur ces questions préalables fasse ou non formellement partie du jugement final. Cette disposition doit être combinée avec l'article 8, qui règle les conséquences d'une décision sur une question préalable, notamment la question de savoir si un jugement qui statue sur ces questions peut circuler en vertu du projet de Convention (voir, *infra*, para. 313 à 328).

**65** L'article 2(2) du projet de Convention mentionne toute question « relevant d'une matière à laquelle [la Convention] ne s'applique pas ». Il s'applique donc en ce qui concerne toute matière exclue en vertu de l'article 1(1) ou

<sup>54</sup> Voir le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 60.

<sup>55</sup> Le terme « objet » désigne la matière sur laquelle la procédure porte directement et qui est principalement déterminée par la demande du plaignant ; voir le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 77 et 194. Les termes « questions soulevées à titre incident » et « question à titre principal » sont employés dans le Rapport Nygh/Pocar, para. 177.

de l'article 2(1). Ainsi, par exemple, un jugement portant sur une action en dommages et intérêts basé sur la décision antérieure d'une autorité administrative, qui serait exclu en vertu de l'article 1(1), n'est pas exclu du champ d'application du projet de Convention, bien que sa reconnaissance et son exécution puissent être refusées en vertu de l'article 8 (voir, *infra*, para. 313 à 330).

## Paragraphe 3

**66 Arbitrage.** Le paragraphe 3 exclut l'arbitrage et les procédures y afférentes. Cette disposition doit être interprétée largement afin d'éviter toute interférence du projet de Convention avec l'arbitrage et les Conventions internationales sur ce sujet, en particulier la Convention de New York de 1958<sup>56</sup>. Cette exclusion couvre les sentences arbitrales et les décisions de justice relatives à l'arbitrage. Ainsi, par exemple, le projet de Convention ne s'applique pas à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales et des décisions de justice apportant une assistance au processus d'arbitrage, telles que les décisions déclarant que la clause d'arbitrage est valable ou nulle, inopérante ou inapplicable, les ordonnances enjoignant aux parties de procéder à l'arbitrage ou d'interrompre une procédure d'arbitrage, l'annulation ou la modification de sentences arbitrales, la nomination et la révocation des arbitres, la fixation du lieu de l'arbitrage ou le report du délai pour le prononcé d'une sentence<sup>57</sup>.

**67** L'exclusion de l'arbitrage et des procédures y afférentes couvre également les effets qu'une convention d'arbitrage ou une sentence arbitrale peut avoir sur l'application d'autres articles du projet de Convention, en particulier l'article 4(1), à savoir l'obligation de reconnaître et d'exécuter les jugements rendus dans un autre État. Ainsi, l'État requis peut refuser la reconnaissance et l'exécution d'un jugement prononcé dans un autre État si la procédure dans l'État d'origine était contraire à une convention d'arbitrage, même si le tribunal d'origine a statué sur la validité de la convention d'arbitrage à titre préalable<sup>58</sup>. Cette exclusion visant à prévenir toute interférence du projet de Convention avec l'arbitrage, elle implique que le tribunal de l'État requis pourrait aussi refuser de reconnaître et d'exécuter un jugement contraire à une convention d'arbitrage même si le tribunal d'origine n'a pas statué sur la validité de cette convention, par exemple, s'il s'agit d'un jugement par défaut. Toutefois, si le défendeur a comparu devant le tribunal d'origine et s'est défendu sur le fond sans contester la compétence en invoquant la convention d'arbitrage, le jugement ne serait pas, en principe, contraire à la convention d'arbitrage ; par conséquent, il ne devrait pas être exclu du champ d'application en vertu de cette disposition<sup>59</sup>.

**68** De même, l'État requis peut refuser la reconnaissance et l'exécution d'un jugement prononcé dans un autre État si celui-ci est incompatible avec une sentence arbitrale.

**69 Règlement alternatif des différends.** Toutefois, le paragraphe 3 ne couvre pas les autres modes alternatifs de résolution des différends tels que la conciliation ou la médiation. En conséquence, le fait que la procédure devant le tribunal d'origine ait été contraire à un accord sur un méca-

<sup>56</sup> *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, New York, 1958 (ci-après, la « Convention de New York de 1958 ») ; voir aussi le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 84.

<sup>57</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 84.

<sup>58</sup> Dans le cas de l'arbitrage, les art. 2(2) et 8 ne s'appliquent pas. Ces dispositions mentionnent des « matières » au sens d'objet du litige, tandis que l'exclusion de l'arbitrage est d'ordre différent et figure dans une disposition distincte.

<sup>59</sup> Voir art. II (3) de la Convention de New York de 1958.

under a contract, and the defendant claims that the contract is void because it infringes anti-trust/competition law, the judgment is not excluded because antitrust/competition matters arise merely as a preliminary question and are not the object of the proceedings. In this context, Article 8(2) will be relevant to courts in the requested State determining whether to recognise or enforce the judgment on the contractual dispute. Sub-paragraph (p) does not cover what is sometimes called “unfair competition” (in French, *concurrency déloyale*); for example, misleading advertising or passing one’s goods off as those of a competitor.<sup>54]</sup>

#### Paragraph 2

**63 Preliminary questions.** Paragraph 2 clarifies that a judgment is not excluded where one of the excluded matters arises merely as a preliminary issue, and in particular where it is raised by way of defence. Preliminary questions are legal issues that must be addressed before the plaintiff’s claim can be decided but are not the main object or principal issue of the proceedings.<sup>55</sup> This paragraph recognises that legal issues within a judgment may be separate from one another but considered sequentially, with a decision on the principal issue predicated on a decision on another, preliminary issue. Thus, for example, [in an action for damages for breach of an intellectual property licensing contract (main object), the court might first have to rule on whether the intellectual property right is valid (preliminary question); or] in an action for damages for breach of a sales contract (main object), the court might first have to decide on the capacity of a party to enter into such a contract (preliminary question), or in an action seeking the payment of corporate dividends (as the main object), it might have to rule on the decision of the shareholders’ meeting approving such payment (as a preliminary issue). Preliminary questions are usually, but not always, introduced by the defendant by way of defence.

**64** In these circumstances, paragraph 2 sets forth that a judgment is not excluded from the scope of the draft Convention where one of the excluded matters arises merely as a preliminary issue, and in particular where it is raised by way of defence. Thus, the application of the draft Convention is determined by the object of the proceedings. If the object of the proceedings in the court of origin falls within the scope of the draft Convention, as is the case in the examples mentioned above, this instrument applies. The key question is whether the final judgment depends on the answer given to the preliminary question, irrespective of whether the decision on such preliminary issues is formally part of the final judgment. This provision has to be read in conjunction with Article 8, which deals with the consequences of a ruling on a preliminary issue, including whether a judgment that rules on such matters may circulate under the draft Convention (see *infra* paras 313-328).

**65** Article 2(2) of the draft Convention refers to any matter “to which this Convention does not apply”. It therefore applies in relation to any matter excluded under Article 1(1)

<sup>54</sup> See Hartley/Dogauchi Report, para. 60.

<sup>55</sup> “Object” is intended to mean the matter with which the proceedings are directly concerned, and which is mainly determined by the plaintiff’s claim; see Hartley/Dogauchi Report, paras 77 and 194. The terms “incidental questions” and “principal issue” are used in the Nygh/Pocar Report, para. 177.

or Article 2(1). Thus, for example, a judgment on private damages that was based on a prior decision of an administrative authority, which would otherwise be excluded under Article 1(1), is not excluded from the scope of the draft Convention, although its recognition and enforcement may be refused under Article 8 (see *infra* paras 313-330).

#### Paragraph 3

**66 Arbitration.** Paragraph 3 excludes arbitration and related proceedings. This should be interpreted widely to prevent the draft Convention from interfering with arbitration and international Conventions on this subject, in particular the 1958 New York Convention.<sup>56</sup> The exclusion covers both arbitral awards and court decisions relating to arbitration. Thus, for example, the draft Convention does not apply to the recognition and enforcement of arbitral awards, nor to the recognition and enforcement of court decisions giving assistance to the arbitral process, *e.g.*, declaring whether the arbitration clause is valid or not, inoperative or incapable of being performed; ordering parties to proceed to arbitration or to discontinue arbitration proceedings; revoking or amending arbitral awards; appointing or dismissing arbitrators; fixing the place of arbitration; or extending the time-limit for making awards.<sup>57</sup>

**67** The exclusion of arbitration and related proceedings also covers the effects that an arbitration agreement or an arbitral award may have on the application of other Articles in the draft Convention, in particular Article 4(1), *i.e.*, the obligation to recognise and enforce judgments given in another State. Thus, the requested State may refuse the recognition and enforcement of a judgment given in another State if the proceedings in the State of origin were contrary to an arbitration agreement, even if the court of origin ruled on the validity of the arbitration agreement as a preliminary question.<sup>58</sup> Since the purpose of this exclusion is to ensure that the draft Convention does not interfere with arbitration, it entails that the court of the requested State might also refuse recognition and enforcement of a judgment contrary to an arbitration agreement even if the validity of this agreement was not addressed by the court of origin, *e.g.*, if it is a default judgment. However, if the defendant appeared before the court of origin and argued on the merits without contesting jurisdiction by invoking the arbitration agreement, the judgment would not, in principle, be contrary to the arbitration agreement and should therefore not be excluded from scope under this provision.<sup>59</sup>

**68** By the same token, the requested State may refuse the recognition and enforcement of a judgment given in another State if the judgment is irreconcilable with an arbitral award.

**69 Alternative dispute resolution.** Paragraph 3 does not, however, cover other forms of alternative dispute resolution (ADR), *e.g.*, conciliation or mediation. Accordingly, the fact that the proceedings in the court of origin were contrary to

<sup>56</sup> The *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, New York, 1958 (hereinafter, “1958 New York Convention”); see also Hartley/Dogauchi Report, para. 84.

<sup>57</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 84.

<sup>58</sup> In the case of arbitration, Arts 2(2) and 8 do not apply. These provisions refer to “matters” in the sense of subject matters, whilst the exclusion of arbitration is a different nature and included in a separate provision.

<sup>59</sup> See Art. II (3) of the 1958 New York Convention.

nisme alternatif de résolution des différends (alternatif ou antérieur à la procédure judiciaire) ne peut pas être invoqué pour refuser la reconnaissance ou l'exécution. Naturellement, le projet de Convention ne s'applique pas à la reconnaissance ou à l'exécution des transactions issues de modes alternatifs de résolution des différends puisqu'elles ne constituent pas des « jugements » au sens de l'article 3(1)(b) du projet de Convention, c'est-à-dire que ce ne sont pas des « décision[s] sur le fond rendue[s] par un tribunal » (voir, *infra*, para. 342 et 343 concernant les transactions judiciaires).

#### Paragraphe 4

70 **États et autres organismes gouvernementaux.** Les paragraphes 4 et 5 régissent l'application du projet de Convention aux différends impliquant des États et d'autres organismes gouvernementaux. Le paragraphe 4 précise que le seul fait qu'un État, y compris un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute personne agissant pour le compte d'un État, était partie au litige dans l'État d'origine n'exclut pas un jugement du champ d'application du projet de Convention. Cette disposition a le même effet que le champ d'application défini à l'article 1(1), dans lequel c'est le caractère du différend qui est déterminant, et non celui des parties ou des tribunaux (voir, *supra*, para. 22 et 23). Le paragraphe 4 est donc une simple règle de clarification. Il doit toutefois être combiné avec l'article 20, qui autorise un État à exclure l'application du projet de Convention aux jugements résultant d'une procédure à laquelle il était partie (voir, *infra*, para. 384 à 392).

71 Sauf déclaration en vertu de l'article 20, le projet de Convention s'applique lorsqu'un État ou une agence gouvernementale agit en tant que personne privée, c'est-à-dire sans exercer de prérogatives de puissance publique, et aussi bien en qualité de créancier que de débiteur du jugement. Trois conditions essentielles doivent être considérées pour déterminer si le projet de Convention s'applique aux différends impliquant l'État ou une agence gouvernementale<sup>60</sup> :

- (i) les faits sur lesquels est fondée la demande sont des faits qu'une personne privée aurait pu commettre ;
- (ii) le dommage invoqué est un dommage qu'une personne privée aurait pu subir ;
- (iii) la réparation recherchée aurait pu être demandée par une personne privée visant à obtenir dédommagement pour un préjudice identique, résultant des mêmes faits.

72 Contrairement au paragraphe 5, cette disposition ne fait pas expressément référence aux « organisations internationales ». Néanmoins, un jugement n'est pas exclu du seul fait qu'une organisation internationale était partie au litige dans la mesure où elle agissait en qualité de personne privée, sans exercer de pouvoirs extraordinaires.

#### Paragraphe 5

73 **Privilèges et immunités.** Le paragraphe 5 dispose que le projet de Convention n'affecte pas les privilèges et immunités dont jouissent les États ou les organisations internationales, pour eux-mêmes et pour leurs biens. C'est une clause sans effet qui vise à éviter une erreur d'interprétation du paragraphe 4<sup>61</sup>. Elle couvre également les privilèges

et immunités des agents de l'État, y compris des personnes jouissant de l'immunité diplomatique et consulaire<sup>62</sup>.

74 En principe, il n'y a pas de conflit entre le champ d'application du projet de Convention énoncé à l'article 1(1) et les privilèges et immunités des États ou des organisations internationales. Ces privilèges et immunités étant habituellement liés à l'exercice du pouvoir de l'État (actes *jure imperii*), les questions qui les concernent ne relèveront pas de la matière civile ou commerciale et le projet de Convention ne s'appliquera pas. En conséquence, même si un État renonce à son immunité et se soumet à la compétence du tribunal d'un État étranger, le projet de Convention ne s'appliquera pas à la reconnaissance et à l'exécution du jugement<sup>63</sup>.

75 Il arrive, dans des situations exceptionnelles, que les immunités des États et des organismes gouvernementaux puissent être impliquées en « matière civile ou commerciale », par exemple, si l'immunité couvre une prétention en matière délictuelle contre un organisme gouvernemental (un agent diplomatique) découlant d'un acte *jure gestionis*. Dans ce cas, l'effet du paragraphe 5 sera que le projet de Convention ne s'applique pas à moins que l'État renonce à son immunité et se soumette à la compétence du tribunal de l'État d'origine<sup>64</sup>.

76 Bien que l'étendue des privilèges et immunités des États ou des agences gouvernementales soit principalement déterminée par le droit international public, le paragraphe 5 peut également couvrir les privilèges et immunités en vertu du droit interne. L'étendue de ces privilèges et immunités est déterminée par la loi et les normes de l'État requis. Ainsi, un État peut refuser la reconnaissance et l'exécution d'un jugement rendu en violation de ses règles internes sur les privilèges et immunités<sup>65</sup>.

#### Article 3 – Définitions

77 **Définitions.** L'article 3 définit les termes « défendeur » et « jugement » (para. 1) et précise comment déterminer la résidence habituelle des personnes morales (para. 2). L'uniformité de l'interprétation et de l'application du projet de Convention (voir art. 21) est ainsi garantie.

#### Paragraphe premier

78 **Défendeur.** Le terme « défendeur » apparaît dans plusieurs dispositions du projet de Convention (art. 5(1)(d), (e), (f), (g), (i), 5(3)(a), (b) et 7(1)(a)). L'alinéa (a) définit le « défendeur » comme la personne contre laquelle la demande ou la demande reconventionnelle a été introduite dans l'État d'origine. Dans le contexte d'une demande reconventionnelle, le défendeur est le demandeur initial ou tout autre défendeur à la demande reconventionnelle<sup>66</sup> ; dans celui d'un recours contre un tiers, c'est-à-dire une action introduite par le défendeur pour contraindre un tiers à devenir partie à l'instance, il doit être interprété comme renvoyant au tiers contre lequel ce recours est formé.

79 **Subrogation, cession ou succession.** Étant donné que l'alinéa (a) mentionne une personne contre laquelle la demande ou la demande reconventionnelle a été *introduite*, le

<sup>60</sup> Voir le Rapport Nygh/Pocar, para. 43 ; Doc. pré-l. No 4, para. 40.

<sup>61</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 46 ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 87.

<sup>62</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 46.

<sup>63</sup> Voir Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du premier au 9 juin 2016), Rapport de séance No 8, para. 59.

<sup>64</sup> Doc. pré-l. No 4, para. 42.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> Les termes « plaignant » et « demandeur » sont employés indifféremment dans ce Rapport.



an agreement on an ADR mechanism (as an alternative to or prior to the court proceedings) may not be invoked as a ground for refusing recognition or enforcement. Naturally, the draft Convention does not apply to the recognition or enforcement of ADR settlements since they do not qualify as “judgments” according to Article 3(1)(b) of the draft Convention, *i.e.*, they are not “decisions on the merits given by a court” (for their qualification as “judicial settlements”, see *infra* paras 342-343).

#### Paragraph 4

**70 States and other governmental bodies.** Paragraphs 4 and 5 deal with the application of the draft Convention to disputes involving States and other governmental bodies. Paragraph 4 makes it clear that the mere fact that a State, including a government, a governmental agency or any person acting for a State, was a party to the proceedings in the State of origin does not exclude a judgment from the scope of the draft Convention. This has the same effect as the scope of application defined in Article 1(1), where the nature of the dispute is determinative, rather than the nature of the parties or the courts (see *supra* paras 22-23). Paragraph 4 is thus a mere clarifying rule. It must be read, however, in conjunction with Article 20, which permits States to exclude the application of the draft Convention to judgments from proceedings where they were a party (see *infra* paras 384-392).

71 Unless a declaration under Article 20 is made, the draft Convention applies when a State or a governmental agency is acting as a private person, *i.e.*, without exercising sovereign powers, and regardless of whether the public entity is the judgment creditor or the judgment debtor. Three core criteria are relevant to determining the application of the draft Convention to disputes involving government parties:<sup>60</sup>

- (i) the conduct upon which the claim is based is conduct in which a private person can engage;
- (ii) the injury alleged is injury which can be sustained by a private person;
- (iii) the relief requested is of a type available to private persons seeking a remedy for the same injury as the result of the same conduct.

72 Unlike paragraph 5, this provision does not make an explicit reference to “international organisations”. Nevertheless, a judgment is not excluded by the mere fact that an international organisation was a party to the proceedings insofar as it was acting as a private person and not exercising any extraordinary powers.

#### Paragraph 5

**73 Privileges and immunities.** Paragraph 5 provides that nothing in the draft Convention shall affect privileges and immunities of States or of international organisations, in respect of themselves and of their property. It is a “nil-effect clause” intended to prevent the misinterpretation of paragraph 4.<sup>61</sup> It also covers the privileges and immunities

of State officials, including those persons entitled to diplomatic and consular immunity.<sup>62</sup>

74 In principle, there is no conflict between the scope of the draft Convention set down in Article 1(1) and the privileges and immunities of States or international organisations. Because these privileges and immunities are usually linked to the exercise of State authority (*acta iure imperii*), matters involving these privileges and immunities will not be civil or commercial matters and the draft Convention will not apply. Accordingly, even if a State waives its immunity and submits itself to the jurisdiction of the court of a foreign State, the draft Convention will not apply to the recognition and enforcement of that judgment.<sup>63</sup>

75 In exceptional cases, the immunities of States and governmental bodies may be implicated in “civil or commercial matters”, *e.g.*, if the immunity covers a tort claim against a governmental body (a diplomatic agent) deriving from *acta iure gestionis*. In such a case, the effect of paragraph 5 will be that the draft Convention does not apply unless the State waives its immunity and submits itself to the jurisdiction of the court of the State of origin.<sup>64</sup>

76 Although the scope of privileges and immunities of States or of governmental agencies is mainly determined by public international law, paragraph 5 may also cover privileges and immunities under domestic law. The scope of these privileges and immunities is determined by the law and standards of the requested State. Thus, a State may refuse the recognition and enforcement of a judgment given in violation of that State’s rules on privileges and immunities.<sup>65</sup>

#### Article 3 – Definitions

**77 Definitions.** Article 3 defines “defendant” and “judgment” (para. 1) and specifies how to determine the habitual residence of legal persons (para. 2). This ensures a uniform interpretation and application of the draft Convention (see Art. 21).

#### Paragraph 1

**78 Defendant.** The term “defendant” is used in several provisions of the draft Convention (Art. 5(1)(d), (e), (f), (g), (i), Art. 5(3)(a), (b) and Art. 7(1)(a)). Sub-paragraph (a) defines “defendant” as the person against whom the claim or counterclaim was brought in the State of origin. In the context of a counterclaim, the term refers to the initial claimant or any other counterclaim defendant.<sup>66</sup> In the context of a third-party claim, *i.e.*, an action brought by the defendant to force a third party to become a party to the proceedings, “defendant” must be interpreted as referring to the third party against whom this claim was made.

**79 Subrogation, assignment or succession.** Because sub-paragraph (a) focuses on a person against whom the claim or the counterclaim was *brought*, the “defendant”

<sup>60</sup> See Nygh/Pocar Report, para. 43; Prel. Doc. No 4, para. 40.

<sup>61</sup> Nygh/Pocar Report, para. 46; Hartley/Dogauchi Report, para. 87.

<sup>62</sup> Nygh/Pocar Report, para. 46.

<sup>63</sup> See Minutes of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (1-9 June 2016), Minutes No 8, para. 59.

<sup>64</sup> Prel. Doc. No 4, para. 42.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> The terms “plaintiff” and “claimant” are used interchangeably in this Report.

« défendeur » n'est pas toujours personne contre laquelle le jugement a été rendu. En outre, un « défendeur » peut même être différent de la personne contre laquelle la reconnaissance et l'exécution sont demandées dans l'État requis si, par exemple, la demande est transférée à une autre personne au cours de la procédure dans l'État d'origine ou après que le jugement a été rendu mais avant que la reconnaissance et l'exécution soient demandées (voir, *infra*, para. 152 à 154).

**80 Jugement.** Suivant en cela la Convention Élection de for de 2005, l'alinéa (b) définit un « jugement » comme toute décision sur le fond rendue par un tribunal, quelle que soit sa dénomination, telle qu'un arrêt ou une ordonnance. Ce terme recouvre la fixation des frais du procès par le tribunal (y compris le greffier du tribunal), sous réserve qu'elle ait trait à une décision sur le fond susceptible d'être reconnue ou exécutée en vertu du projet de Convention. Toutefois, les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas des jugements aux fins du projet de Convention.

**81** La définition du jugement comporte deux éléments : le jugement doit être (i) une « décision sur le fond » (ii) rendue par un « tribunal ».

**82 Une décision sur le fond.** « Une décision sur le fond » implique une forme ou une autre de procédure judiciaire contentieuse dans laquelle un tribunal statue sur une demande (sur les transactions judiciaires, voir, *infra*, art. 12). Dans la mesure où elle implique le règlement d'une demande, elle comprend les jugements pécuniaires et non pécuniaires, les jugements rendus par défaut (voir toutefois les art. 7(1) et 13(1)(b), voir aussi, *infra*, para. 87)<sup>67</sup> et les jugements rendus dans le cadre d'actions collectives. Inversement, les ordonnances de procédure, qui ne sont pas des ordonnances fixant les frais du procès, sont exclues de la définition des jugements<sup>68</sup>. Ainsi, les décisions ordonnant la divulgation de documents ou l'audition d'un témoin ne sont pas des jugements. De même, ne constituent pas des jugements les ordonnances non contradictoires de paiement concernant des demandes pécuniaires non contestées, qui peuvent être rendues par un tribunal dans certains États et territoires<sup>69</sup>. Enfin, les décisions portant sur la reconnaissance et l'exécution de jugements étrangers ou de sentences arbitrales rendues par un tribunal dans un État ne peuvent pas être reconnues ou exécutées dans un autre État en vertu du projet de Convention (« exequatur sur exequatur ne vaut pas »). De même, ne constituent pas des jugements les ordonnances d'exécution, telles que les ordonnances de saisie-arrêt sur salaire ou de saisie immobilière.

**83 Jugements non pécuniaires.** Les jugements qui ordonnent au débiteur d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte précis, tels que les injonctions ou les ordonnances d'exécution d'un contrat (jugements non pécuniaires définitifs) entrent dans le champ d'application du projet de Convention (voir toutefois l'art. 11). Dans certains systèmes juridiques, les jugements non pécuniaires imposent parfois des sanctions pécuniaires (astreintes) « renforçant » la partie principale du jugement. Ces jugements contiennent une obligation principale non pécuniaire – accomplir ou ne

pas accomplir un acte – et une obligation secondaire conditionnelle sous forme de « sanction » pécuniaire en prévision de l'inexécution du jugement, qui est destinée à encourager le débiteur à s'exécuter. Les régimes juridiques gouvernant ces sanctions pécuniaires sont très diversifiés.

**84** Bien que l'inclusion de ces « sanctions » pécuniaires ait fait l'objet d'une discussion approfondie lors de la dernière réunion de la Commission spéciale<sup>70</sup>, aucune conclusion définitive n'a été rendue et il sera nécessaire de poursuivre la réflexion sur cette question<sup>71</sup>. Trois facteurs peuvent être pertinents pour l'application du projet de Convention à ces « sanctions » pécuniaires. En ce qui concerne la procédure, dans certains États et territoires, ces sanctions sont ordonnées par le tribunal qui rend le jugement non pécuniaire, alors que dans d'autres, elles sont ordonnées par une autre autorité dans le cadre d'une procédure d'exécution. Concernant leur contenu, dans certains cas, ces sanctions pécuniaires peuvent être une somme forfaitaire ou une astreinte à payer pour chaque jour de retard. Enfin, concernant le bénéficiaire de l'ordonnance, ces sanctions pécuniaires doivent être payées aux tribunaux ou aux autorités publiques (amendes civiles) dans certains États et territoires, tandis que dans d'autres, elles doivent être payées au créancier du jugement, même si elles ne sont pas réellement compensatoires.

**85 Décision sur les frais.** La définition du jugement à l'alinéa (b) comprend deux autres éléments. D'une part, une décision fixant les frais et dépens du procès rendue par le tribunal, y compris le greffier du tribunal, est aussi un jugement aux fins du projet de Convention, sous réserve qu'elle ait trait à une décision sur le fond susceptible d'être reconnue et exécutée en vertu du projet de Convention (voir aussi, *infra*, art. 15(2)). La décision sur les frais peut être insérée dans le même jugement que la décision sur le fond ou dans un jugement à part. Dans les deux cas, la reconnaissance et l'exécution en vertu du projet de Convention sont liées à la décision sur le fond. Si cette dernière n'est pas susceptible d'être reconnue ou exécutée en vertu du projet de Convention (par ex. parce qu'elle n'entre pas dans son champ d'application, qu'elle n'est pas susceptible d'être reconnue ou qu'un motif de refus est applicable), la décision sur les frais ne sera pas reconnue ou exécutée elle non plus. Pour qu'une décision sur les frais soit reconnue et exécutée, il suffit que la décision sur le fond soit « susceptible d'être reconnue ou exécutée » dans l'État requis, et non qu'elle l'ait été. Même si, conformément à cette condition, la décision sur les frais doit être reconnue et exécutée en vertu du projet de Convention, l'article 7 s'applique également. Ainsi, dans certains cas exceptionnels, la décision sur le fond peut être reconnue et exécutée, mais non la décision sur les frais, par exemple parce qu'elle a été obtenue par la fraude (voir art. 7(1)(b)).

**86** Il s'ensuit qu'une décision portant sur les frais liée à des mesures provisoires et conservatoires ne peut être reconnue ou exécutée parce que les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas susceptibles d'être reconnues et exécutées (voir, *infra*, para. 87)<sup>72</sup>.

<sup>67</sup> Les jugements rendus par défaut entrent dans le champ d'application du projet de Convention indépendamment du processus qui donne lieu au jugement en vertu de la loi de l'État d'origine, y compris si le jugement est enregistré ou inscrit sur les registres par un greffier ou par un juge.

<sup>68</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 116.

<sup>69</sup> Certains États ont instauré une procédure simplifiée pour les demandes pécuniaires non contestées. Cette procédure repose sur une ordonnance initiale de paiement rendue par le tribunal sur la base des informations communiquées par le demandeur, qui donne au défendeur la possibilité de payer le montant octroyé au demandeur ou de faire opposition. Si, dans un certain délai, aucune opposition n'est formée, le tribunal déclare l'ordonnance de paiement exécutoire. Ce dernier jugement entre dans le champ d'application du projet de Convention.

<sup>70</sup> Voir Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 24 au 29 mai 2018), Rapport de séance No 6, para. 42 à 51.

<sup>71</sup> En vertu du Règlement Bruxelles I *bis*, par ex., les décisions condamnant à une astreinte rendues dans un État membre ne sont exécutoires dans l'État membre requis « que si le montant en a été définitivement fixé par la juridiction d'origine » (voir art. 55). Une règle similaire est prévue dans la Convention de Lugano de 2007 (voir art. 49). La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a conclu que le Règlement s'applique à une sanction pécuniaire à payer à l'État dans la mesure où elle concerne un différend entre deux personnes privées (voir arrêt du 18 octobre 2011, *Realchemie Nederland c. Bayer*, C-406/09, EU:C:2011:668).

<sup>72</sup> Notons que c'est seulement l'ordonnance provisoire autonome et la fixation des frais autonome éventuellement associée à celle-ci qui ne circuleront pas en vertu du projet de Convention.

may be different from the person against whom the judgment was rendered. Further, a “defendant” may even be different from the person against whom recognition and enforcement is sought in the requested State if, e.g., the claim is transferred to another person in the course of the proceedings in the State of origin, or after the judgment was given but before recognition and enforcement is sought (see *infra* paras 152-154).

**80 Judgment.** Following the 2005 Choice of Court Convention, sub-paragraph (b) defines “judgment” as any decision on the merits given by a court, whatever that decision may be called, including a decree or order. It includes a determination of costs or expenses by the court (including an officer of the court), provided that the determination relates to a decision on the merits that may be recognised or enforced under the draft Convention. An interim measure of protection, however, is not a judgment for the purpose of the draft Convention.

**81** The definition of judgment contains two main elements: it must be (i) “a decision on the merits” (ii) given by a “court”.

**82 A decision on the merits.** “A decision on the merits” implies some kind of contentious judicial proceedings in which a court disposes of the claim (for judicial settlements, see *infra* Art. 12). Insofar as it involves a disposition of a claim, it includes money and non-money judgments, judgments given by default (see, however, Arts 7(1) and 13(1)(b), see also *infra* para. 87),<sup>67</sup> and judgments in collective actions. Conversely, procedural rulings, different from orders determining costs or expenses, are excluded from the definition of judgments.<sup>68</sup> Thus, for example, decisions ordering the disclosure of documents or the hearing of a witness are not judgments. Similarly, *ex parte* orders for payment concerning uncontested pecuniary claims, which may be issued by a court in some jurisdictions, do not qualify as a judgment.<sup>69</sup> Finally, decisions on recognition and enforcement of foreign judgments or arbitral awards given by the court of a State cannot be recognised or enforced in another State under the draft Convention (*exequatur sur exequatur ne vaut pas*). Likewise, enforcement orders, such as garnishee orders or orders for seizure of property, do not qualify as judgments.

**83 Non-monetary judgments.** Judgments that order the debtor to perform or refrain from performing a specific act, such as an injunction or an order for specific performance of a contract (final non-monetary or non-money judgments) fall within the scope of the draft Convention (see however Art. 11). In some legal systems, non-monetary judgments sometimes include pecuniary penalties (in French, *astreintes*) to “reinforce” the main part of the judgment. Such judgments contain a non-monetary primary obligation – to

perform, or not to perform, an act – and a monetary “penalty” as a conditional secondary obligation in anticipation of non-compliance and to encourage compliance. The legal regimes governing these pecuniary penalties vary significantly.

**84** Inclusion of these pecuniary “penalties” was thoroughly discussed during the last Meeting of the Special Commission,<sup>70</sup> but no definitive conclusion was reached and the issue will require further reflection.<sup>71</sup> Three factors may be relevant to the application of the draft Convention to these pecuniary “penalties”. In relation to the process, in some jurisdictions these penalties are ordered by the court that renders the non-monetary judgment, but in others they are ordered by a different authority in an enforcement procedure. In relation to their content, in some cases these pecuniary penalties may be a fixed sum or a periodic penalty, e.g., a sum of money for each day of delay. Finally, in relation to the beneficiary of the order, in some jurisdictions these pecuniary penalties are payable to the courts or State authorities (civil fines), but in others they are payable to the judgment creditor even though they are not truly compensatory.

**85 Decision on costs.** The definition of judgment in sub-paragraph (b) includes two additional elements. On the one hand, a determination of costs or expenses by a court, including an officer of the court, is also a judgment for the purposes of the draft Convention, provided it relates to a decision on the merits which may be recognised and enforced under the draft Convention (see also *infra* Art. 15(2)). The determination on costs may be included in the same judgment as the decision on the merits or in a separate judgment. In both cases, recognition and enforcement under the draft Convention is linked to the decision on the merits. If the decision on the merits may not be recognised or enforced under the draft Convention (for example, because it is outside its scope, is not eligible for recognition, or a ground for refusal is applicable), then the decision on costs shall not be recognised or enforced either. For recognition and enforcement of a determination of costs, it is sufficient that the decision on the merits “may be” recognised or enforced in the requested State, and not that it already has been. Even if, under such a condition, the decision on costs should be recognised and enforced under the draft Convention, Article 7 also applies. Thus, in exceptional cases, the decision on the merits may be recognised and enforced, but the determination of costs may not, for example, because it was obtained by fraud (see Art. 7(1)(b)).

**86** It follows that any costs order in connection with interim measures of protection cannot be recognised or enforced because interim measures of protection are not eligible for recognition and enforcement (see *infra* para. 87).<sup>72</sup>

<sup>67</sup> Judgments by default are included within the scope of the draft Convention irrespective of the process giving rise to the judgment under the law of the State of origin, including whether the judgment is entered or recorded by an officer of the court or by a judge.

<sup>68</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 116.

<sup>69</sup> Some States have established a simplified procedure concerning uncontested pecuniary claims. This procedure is based on an initial order for payment issued by the court on the basis of the information provided by the claimant. This order gives the defendant the option between paying the amount awarded to the claimant or lodging a statement of opposition. If within a certain time limit no statement of opposition is lodged, the court will then declare the order for payment enforceable. This latter judgment will fall within the scope of application of the draft Convention.

<sup>70</sup> See Minutes of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (24-29 May 2018), Minutes No 6, paras 42-51.

<sup>71</sup> Under the Brussels I Regulation (recast), for example, judgments which order a payment by way of a penalty shall be enforceable “only if the amount of the payment has been finally determined by the court of origin” (see Art. 55). A similar rule is contained in the 2007 Lugano Convention (see Art. 49). The European Court of Justice has concluded that the Regulation applies to a pecuniary penalty that must be paid to the State insofar as it is related to a dispute between two private persons (see ECJ Judgment of 18 October 2011, *Realchemie Nederland v. Bayer*, C-406/09).

<sup>72</sup> Note that it is only the self-standing interim order and any stand-alone cost award associated with it will not circulate under the draft Convention.

87 **Mesures provisoires et conservatoires.** L'alinéa (b) dispose que les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas des jugements aux fins du projet de Convention. Les « mesures provisoires et conservatoires » couvrent les mesures ayant principalement deux objectifs : donner un moyen préliminaire de sécuriser des biens qui pourront ensuite servir à satisfaire un jugement définitif ou préserver le *statu quo* en attendant l'issue du procès<sup>73</sup>. Ainsi, une ordonnance gelant les avoirs du défendeur, une injonction provisoire ou une ordonnance provisoire de paiement ne peuvent pas être reconnues et exécutées en vertu du projet de Convention. Naturellement, elles peuvent tout de même être reconnues et exécutées en vertu du droit interne (art. 16).

88 **Tribunal.** Pour être qualifiée de jugement en vertu de l'alinéa (b), une décision sur le fond doit avoir été rendue par un « tribunal », terme qui n'est pas défini dans le projet de Convention. Le Rapport Hartley/Dogauchi mentionne qu'il recouvre la décision d'un « office des brevets exerçant une fonction quasi-juridictionnelle »<sup>74</sup>, mais cette interprétation semble excessivement large. Lors de la Deuxième réunion de la Commission spéciale, il a été proposé d'insérer une définition dans les termes suivants :

« On entend par tribunal : (i) un tribunal appartenant à l'ordre judiciaire d'un État contractant à tout niveau et (ii) tout autre tribunal permanent indépendant et autonome qui, conformément à la loi d'un État contractant, exerce des fonctions juridictionnelles sur une matière particulière selon des règles procédurales préétablies. »<sup>75</sup>  
[Traduction du Bureau Permanent.]

89 Cette proposition n'a pas été adoptée parce qu'il était difficile de formuler une définition appropriée, mais l'idée a recueilli un certain soutien<sup>76</sup>. En principe, le terme « tribunal » doit être interprété de façon autonome et renvoie aux autorités ou organes qui font partie de la branche judiciaire d'un État et qui exercent des fonctions juridictionnelles. Il ne comprend pas les autorités administratives comme les offices de brevets ou de marques (ou la chambre des recours qui peut avoir été établie au sein de ces offices)<sup>77</sup>, les notaires publics ou les greffiers ni les autorités non étatiques comme les tribunaux ecclésiastiques. Les tribunaux communs, c'est-à-dire les tribunaux communs à deux ou plusieurs États, entrent dans le champ d'application du projet de Convention sous certaines conditions (voir, *infra*, art. 4(5) et (6)).

## Paragraphe 2

90 **Résidence habituelle.** Le paragraphe 2 définit la « résidence habituelle » des entités ou des personnes autres que

<sup>73</sup> Sur la définition des mesures provisoires et conservatoires, voir le Rapport Nygh/Pocar, para. 178 à 180.

<sup>74</sup> Voir le Rapport Hartley/Dogauchi, note 146.

<sup>75</sup> Doc. trav. No 166 de février 2017, « Proposition des délégations d'Équateur et de l'Uruguay » (en anglais uniquement) (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 16 au 24 février 2017)). Voir aussi Doc. trav. No 235 de novembre 2017, « Proposition des délégations d'Équateur et de l'Uruguay » (en anglais uniquement) (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 13 au 17 novembre 2017)).

<sup>76</sup> Voir Aide-mémoire du Président de la Commission spéciale (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 16 au 24 février 2017)), para. 21. Notons que cette difficulté de définition s'est posée dans d'autres Conventions internationales et qu'elle s'est traduite par l'absence générale de définition complète du terme « tribunal » dans des instruments tels que la Convention Élection de for de 2005. Soulignons également que lors de la Deuxième réunion de la Commission spéciale, les experts ont considéré qu'un tribunal peut avoir d'autres caractéristiques ; voir Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 16 au 24 février 2017), Rapport de séance No 11, para. 48 à 56.

<sup>77</sup> Par conséquent, les décisions de l'Office européen des brevets, de l'Office communautaire des variétés végétales, de l'Office de la propriété intellectuelle de l'Union européenne ou de l'Office eurasiens des brevets n'entrent pas dans le champ d'application du projet de Convention.

les personnes physiques. Ces entités sont réputées avoir leur résidence habituelle dans l'État (i) de leur siège statutaire, (ii) selon le droit duquel elles ont été constituées, (iii) de leur administration centrale ou (iv) de leur principal établissement<sup>78</sup>. La forme adjectivale « *habitually resident* » est employée dans la version anglaise de l'article 5(1)(a). La version française de l'article 18 emploie le terme « résidence » (sans qualificatif) tandis que les articles 15(1) et 23(1)(b) emploient le terme « résidence habituelle ».

91 Cette disposition s'appliquera généralement aux sociétés, mais elle couvre les personnes morales ainsi que les associations ou les entités sans personnalité morale, c'est-à-dire les associations de personnes physiques ou morales qui n'ont pas la personnalité morale mais peuvent, en vertu de la loi qui les gouverne être parties à une procédure.

92 **Siège statutaire et siège de constitution.** Les termes « siège statutaire » et droit selon lequel l'entité « a été constituée » renvoient à deux situations juridiques différentes. Le premier est le « domicile » de l'entité tel que le définissent ses statuts ou d'autres documents constitutifs. Le terme équivalent le plus proche en droit anglais est « *registered office* ». Le second renvoie au droit de l'État en vertu duquel l'entité a été formée, c'est-à-dire celui qui lui a donné naissance et qui lui a conféré la personnalité juridique ou la capacité d'ester en justice<sup>79</sup>. Dans la pratique, ces deux critères, siège statutaire et lieu de constitution, coïncideront généralement dans le même État.

93 **Administration centrale et principal établissement.** Les termes « administration centrale » et « principal établissement » renvoient à deux situations de fait distinctes. Le premier terme désigne le lieu où se situent les fonctions de siège, c'est-à-dire celui où sont prises les décisions les plus importantes concernant la gestion de l'entité ; il envisage le « cerveau » de l'entité. Le second renvoie au principal centre des activités économiques de l'entité<sup>80</sup> ; il envisage les « muscles » de l'entité. À titre d'exemple, une société minière peut avoir son siège à Londres et exercer son activité minière en Namibie<sup>81</sup>.

94 Ces deux alinéas emploient le pronom possessif « son » et renvoient donc à l'administration centrale ou au principal établissement de l'entité ou de la personne mentionnée dans le chapeau du paragraphe 2, et non à sa filiale ou à une autre entité ayant la personnalité morale.

95 Les quatre critères du paragraphe 2 sont des alternatives sans hiérarchie entre eux. D'autre part, ils ne sont pas mutuellement exclusifs. Si le défendeur a sa résidence habituelle dans deux États ou plus simultanément, aux termes des critères énoncés au paragraphe 2, on peut considérer qu'il réside habituellement dans n'importe lequel d'entre eux. Ainsi, par exemple, si la société A est constituée dans l'État X, a son administration centrale dans l'État Y et son principal établissement dans l'État Z, un jugement rendu par un tribunal de l'un de ces trois États sera susceptible d'être reconnu et exécuté.

<sup>78</sup> Le Rapport Nygh/Pocar (para. 62 à 66) et le Rapport Hartley/Dogauchi (para. 120 à 123) expliquent les raisons de ces différents critères. Notons également que le Rapport Hartley/Dogauchi explique qu'« [u]n État ou autorité publique d'un État ne seraient résidents que sur le territoire de cet État », voir note 148. Il devrait en aller de même aux fins du projet de Convention.

<sup>79</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 63 ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 120.

<sup>80</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 65 et 66 ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 120.

<sup>81</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 120.

87 **Interim measures of protection.** Sub-paragraph (b) sets forth that an interim measure of protection is not a judgment for the purposes of the draft Convention. “Interim measure of protection” covers measures that serve two main purposes: providing a preliminary means of securing assets out of which a final judgment may be satisfied, or maintaining the *status quo* pending determination of an issue at trial.<sup>73</sup> Thus, for example, an order freezing the defendant’s assets, an interim injunction or an interim order for payment cannot be recognised and enforced under the draft Convention. Naturally, they may still be recognised and enforced under national law (Art. 16).

88 **Court.** For a decision on the merits to qualify as a judgment under sub-paragraph (b), it must have been given by a “court”. The draft Convention does not define “court”. The Hartley/Dogauchi Report mentions that it includes “a patent office exercising quasi-judicial functions”.<sup>74</sup> However, this interpretation seems excessively broad. At the Second Meeting of the Special Commission, the inclusion of a definition in the following terms was proposed:

“‘court’ means: (i) a tribunal belonging to the Judiciary of a Contracting State at any level, and (ii) any other permanent tribunal that, according to the law of a Contracting State, exercises jurisdictional functions on a particular subject matter, according to pre-established procedural rules, being independent and autonomous”.<sup>75</sup>

89 The proposal was not adopted because it was difficult to articulate an appropriate definition, but there was some support for the idea.<sup>76</sup> In principle, the term “court” must be interpreted autonomously and refers to authorities or bodies that are part of the judicial branch of a State and which exercise judicial functions. It does not include administrative authorities, such as patent or trademark offices (or the board of appeal which may have been established within these offices),<sup>77</sup> public notaries, or registers, nor non-State authorities, *e.g.*, religious courts. Common courts, *i.e.*, courts common to two or more States, fall within the scope of the draft Convention under certain conditions (see *infra* Art. 4(5) and (6)).

#### Paragraph 2

90 **Habitual residence.** Paragraph 2 deals with the “habitual residence” of entities or persons other than natural

persons. These entities are considered to be habitually resident in the State (i) where they have their statutory seat, (ii) under whose law they were incorporated or formed; (iii) where they have their central administration; or (iv) where they have their principal place of business.<sup>78</sup> The term “habitually resident” is used in Article 5(1)(a). Articles 15 and 18 only use the term “resident” (without any qualification), and Article 23(1)(b), the term “habitual residence”.

91 The provision will typically apply to corporations, but include legal persons and also associations or unincorporated entities, *i.e.*, associations of natural or legal persons which lack legal personality but are capable, under the law which governs them, of being a party to proceedings.

92 **Statutory seat and State of incorporation.** The terms “statutory seat” and the law under which “the entity is incorporated or formed” refer to two different legal circumstances. The former is the “domicile” of the entity as determined by its bylaws or other constituent documents. The nearest equivalent term in English law is “registered office”. The latter refers to the law of the State under which the entity was created, *i.e.*, that gave birth to it and endowed it with legal personality or procedural capacity.<sup>79</sup> In practice, both criteria, the statutory seat and the place of incorporation, will usually coincide in the same State.

93 **Central administration and principal place of business.** The terms “central administration” and “principal place of business” refer to two different factual circumstances. The former refers to the place where the head office functions are located, *i.e.*, where the most important decisions about the running of the entity are made. It looks at the “brain” of the entity. The latter refers to the principal centre of the entity’s economic activities.<sup>80</sup> It looks at the “muscles” of the entity. For example, a mining company may have its headquarters in London, but carry out its mining activity in Namibia.<sup>81</sup>

94 Both sub-paragraphs use the possessive pronoun “its” and therefore refer to the central administration or the principal place of business of the entity or person referred to in the chapeau of paragraph 2, and not to its subsidiary or another entity with legal personality.

95 The four criteria in paragraph 2 are alternatives and there is no hierarchy among them. The criteria are also not mutually exclusive. If the defendant is habitually resident in two or more different States concurrently, in terms of the paragraph 2 criteria, the defendant may be considered to be habitually resident in any one of them. Thus, for example, if Company A is incorporated in State X, has its central administration in State Y and its principal place of business in State Z, a judgment given by a court of any of those three States will be eligible for recognition and enforcement.

<sup>73</sup> On the definition of interim measures, see Nygh/Pocar Report, paras 178-180.

<sup>74</sup> Hartley/Dogauchi Report, note 146.

<sup>75</sup> Work. Doc. No 166 of February 2017, “Proposal of the delegations of Ecuador and Uruguay” (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (16-24 February 2017)). See also Work. Doc. No 235 of November 2017, “Proposal of the delegations of Ecuador and Uruguay” (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2017)).

<sup>76</sup> See *Aide memoire* of the Chair of the Special Commission (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (16-24 February 2017)), para. 21. Note that this definitional difficulty has been encountered in other international Conventions and has resulted in the general absence of a comprehensive definition of the term “court” from instruments such as the 2005 Choice of Court Convention. It is also worth noting that at the Second Meeting of the Special Commission, experts considered that a court may have further characteristics; see Minutes of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (16-24 February 2017), Minutes No 11, paras 48-56.

<sup>77</sup> Therefore, decisions by the European Patent Office, the Community Plant Variety Office, the European Union Intellectual Property Office or the Eurasian Patent Office are outside the scope of the draft Convention.

<sup>78</sup> The Nygh/Pocar Report (paras 62-66) and the Hartley/Dogauchi Report (paras 120-123) explain the rationale underpinning these alternative criteria. Note also that the Hartley/Dogauchi Report explains that “[a] State or a public authority of a State would be resident only in the territory of that State”; see note 148. The same should hold for the purposes of the draft Convention.

<sup>79</sup> Nygh/Pocar Report, para. 63; Hartley/Dogauchi Report, para. 120.

<sup>80</sup> Nygh/Pocar Report, paras 65 and 66; Hartley/Dogauchi Report, para. 120.

<sup>81</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 120.

*Article 4 – Dispositions générales*

96 L'article 4 est la disposition la plus importante du projet de Convention : il pose le principe de la reconnaissance mutuelle des jugements entre les États (para. 1). Il contient en outre des dispositions générales exposant les conditions et certaines conséquences de cette obligation. Un jugement rendu dans un État est reconnu et exécuté dans l'État requis sans aucune révision au fond (para. 2), mais seulement s'il produit des effets dans l'État d'origine (para. 3). Enfin, le paragraphe 4 régit les hypothèses dans lesquelles, soit le jugement fait l'objet d'un recours dans l'État d'origine, soit le délai pour exercer un recours ordinaire n'a pas expiré.

*Paragraphe premier*

97 **Obligation de reconnaissance et d'exécution.** Le paragraphe premier énonce l'obligation centrale imposée aux États par le projet de Convention, à savoir la reconnaissance et l'exécution mutuelles des jugements. En vertu de cette disposition, un jugement rendu par un tribunal d'un État (État d'origine) est reconnu et exécuté dans un autre État (État requis) conformément aux dispositions du chapitre II. Cette obligation présuppose trois conditions positives : (i) le jugement entre dans le champ d'application du projet de Convention (voir art. 1 et 2) ; (ii) il produit ses effets dans l'État d'origine (art. 4(3)) ; et (iii) il est susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu des articles 5 ou 6. Cette obligation présuppose en outre une condition négative : aucun motif ne permet de refuser la reconnaissance ou l'exécution en vertu de l'article 7.

98 La deuxième phrase du paragraphe premier dispose que si le projet de Convention s'applique, la reconnaissance ou l'exécution ne peut être refusée que pour les motifs énoncés dans le projet de Convention. Dès lors, si un jugement est susceptible d'être reconnu et exécuté conformément au champ d'application du projet de Convention et si les critères énoncés dans les dispositions suivantes du chapitre II sont remplis, il n'est pas loisible à un État de refuser la reconnaissance ou l'exécution pour d'autres motifs en vertu de son droit interne.

*Paragraphe 2*

99 **Pas de révision au fond.** Le paragraphe 2 énonce un principe important qui est implicite au paragraphe premier. Un tribunal qui statue sur la reconnaissance et l'exécution d'un jugement ne peut procéder à aucune révision au fond du jugement rendu par le tribunal d'origine, c'est-à-dire que si un jugement remplit les critères de reconnaissance et d'exécution prévus dans le projet de Convention, il ne sera pas révisé dans l'État requis. Cette règle est le corollaire nécessaire du principe de reconnaissance mutuelle des jugements : le projet de Convention n'aurait guère d'intérêt si le tribunal de l'État requis pouvait réviser la base factuelle ou juridique sur laquelle le tribunal d'origine a fondé sa décision. Concrètement, cela impliquerait que les parties pourraient être contraintes de plaider de nouveau la même cause dans l'État requis<sup>82</sup>. En conséquence, le tribunal requis ne doit pas examiner le bien-fondé matériel du jugement : il ne peut pas refuser la reconnaissance ou l'exécution s'il considère que la décision est erronée sur un point de fait ou de droit. Il ne peut pas, en particulier, refuser la reconnaissance ou l'exécution au seul motif que la règle de

droit appliquée par le tribunal d'origine n'est pas celle qu'il aurait lui-même appliquée.

100 Le paragraphe 2 précise que le principe de l'absence de révision au fond n'interdit pas l'examen du jugement auquel il est nécessaire de procéder pour appliquer le projet de Convention. Il peut être nécessaire d'examiner le jugement pour appliquer les articles 5 et 6, qui définissent quels jugements sont susceptibles d'être reconnus et exécutés, ou l'article 7, qui prévoit des motifs de refus. L'application de ces critères peut exiger une forme ou une autre d'examen de la décision du tribunal d'origine.

101 En vertu de l'article 5, par exemple, le tribunal requis doit conclure que le jugement est susceptible d'être reconnu et exécuté sur le fondement du lien entre l'affaire et l'État d'origine. Il doit pour cela considérer les facteurs juridiques et factuels de rattachement à l'État d'origine. Ainsi, l'application de l'article 5(1)(g) à un jugement portant sur une obligation contractuelle exigerait que le tribunal de l'État requis examine si l'obligation a été ou aurait dû être exécutée dans l'État d'origine. Cette analyse peut nécessiter d'examiner des questions de droit telles que le lieu d'exécution du contrat en vertu de la loi applicable. Ou, par exemple, l'application de l'article 5(1)(a) peut exiger que le tribunal requis établisse des faits tels que le lieu du principal établissement d'une personne morale à la date à laquelle elle est devenue partie à l'instance dans l'État d'origine. Il en va de même des autres paragraphes de l'article 5 et des autres dispositions du chapitre II, en particulier l'article 7 (« refus de reconnaissance ou d'exécution ») ou l'article 10 (« dommages et intérêts »). Dans le cas de l'article 7, par exemple, le tribunal requis peut avoir à considérer si le jugement octroie des dommages et intérêts qui ne constituent pas une réparation de la perte ou du préjudice effectivement subis par une partie. Enfin, l'application du projet de Convention lui-même peut aussi exiger que le tribunal de l'État requis examine le jugement du tribunal d'origine, comme la qualification civile ou commerciale d'un litige (voir, *supra*, para. 36).

102 **Différences par rapport au texte de la Convention Élection de for de 2005.** Le texte de l'article 4(2) du projet de Convention présente deux différences par rapport à celui de la disposition parallèle de la Convention Élection de for de 2005 (art. 8(2)). La première est une simple amélioration du texte, sans intention d'en modifier le fond. Contrairement à la disposition parallèle de la Convention Élection de for de 2005, l'article 4(2) commence par énoncer le principe, à savoir, « pas de révision au fond », et précise ensuite que ce principe n'exclut pas l'examen nécessaire à l'application du projet de Convention. Le terme « examen » est plus précis que le terme « révision » (comme dans la Convention Élection de for de 2005) et prévient toute erreur d'interprétation. D'autre part, la référence à la « Convention » et non au « présent chapitre » (comme dans la Convention Élection de for de 2005) empêche toute interprétation *a contrario* puisque la détermination du champ d'application du projet de Convention peut aussi nécessiter un certain examen du jugement étranger.

103 La seconde différence a trait au fond. Comme l'article 8(2) de la Convention Élection de for de 2005, l'article 4(2) du projet de Convention disposait initialement que le tribunal de l'État requis était lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine avait fondé sa compétence, sauf si le jugement avait été rendu par défaut. Dans la Convention Élection de for de 2005, la disposition équivalente ne s'applique qu'à la « compétence » en vertu de la Convention, c'est-à-dire lorsque le tribunal d'origine

<sup>82</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 347.

*Article 4 – General provisions*

96 Article 4 is the most important provision in the draft Convention: it lays down the principle of mutual recognition of judgments among States (para. 1). It also contains general provisions setting forth the conditions and some of the consequences of that obligation. A judgment given in another State shall be recognised and enforced in the requested State without reviewing the merits of the decision (para. 2), but only insofar as it has effect in the State of origin (para. 3). Finally, paragraph 4 deals with cases where the judgment is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking ordinary review has not expired.

*Paragraph 1*

97 **Obligation to recognise and enforce.** Paragraph 1 establishes the central obligation imposed on States by the draft Convention: the mutual recognition and enforcement of judgments. According to this provision, a judgment given by a court of a State (State of origin) shall be recognised and enforced in another State (requested State) in accordance with the provisions of Chapter II. This obligation presupposes three positive conditions: (i) that the judgment falls within the scope of application of the draft Convention (see Arts 1 and 2); (ii) has effect in the State of origin (Art. 4(3)); and (iii) is eligible for recognition and enforcement under Article 5 or 6. The obligation also presupposes a negative condition: that there are no grounds for refusal of recognition or enforcement under Article 7.

98 The second sentence of paragraph 1 sets forth that if the draft Convention applies, recognition or enforcement may be refused only on the grounds specified in the draft Convention. Thus, if a judgment is eligible for recognition and enforcement within the scope of the draft Convention, and the criteria laid down in the following provisions of Chapter II are met, it is not open to a State to refuse recognition or enforcement on other grounds under national law.

*Paragraph 2*

99 **No review on the merits.** Paragraph 2 expressly states an important point that is implicit in paragraph 1. A court deciding on recognition and enforcement of a judgment may not review the merits of the judgment given by the court of origin. That is, if a judgment meets the criteria set out by the draft Convention for recognition and enforcement, it will not be revisited in the requested State. This rule is a necessary corollary of the principle of mutual recognition of judgments: there would be little purpose to the draft Convention if the court of the requested State could review the underlying factual or legal basis upon which the court of origin reached its decision. In practice, this would imply that the parties may be forced to re-litigate the same case in the requested State.<sup>82</sup> Accordingly, the court addressed is not to examine the substantive correctness of that judgment: it may not refuse recognition or enforcement if it considers that a point of fact or law has been wrongly decided. In particular, the court addressed cannot refuse recognition or enforcement solely on the

ground that there is a discrepancy between the legal rule applied by the court of origin and that which would have been applied by the court addressed.

100 Paragraph 2 clarifies that the principle of “no review on the merits” does not preclude such examination of the judgment as is necessary for the application of the draft Convention. Examination of the judgment may be necessary to apply Articles 5 and 6, which define which judgments are eligible for recognition and enforcement, or Article 7, which provides grounds for refusal. The application of those criteria may require some form of examination of the decision of the court of origin.

101 Under Article 5, for example, the court addressed must determine that the judgment is eligible for recognition and enforcement on the basis of the connection between the case and the State of origin. That determination requires consideration of the legal and factual bases of connection to the State of origin. For example, application of Article 5(1)(g) to a judgment that ruled on a contractual obligation would require the court of the requested State to examine whether the performance of the obligation took place, or should have taken place, in the State of origin. That inquiry may require a consideration of legal questions, such as the place of performance of the contract under the applicable law. Or, for example, the application of Article 5(1)(a) may require the court addressed to determine facts such as where a legal person had its principal place of business at the time that person became a party to the proceedings in the State of origin. The same holds for other paragraphs of Article 5 and other provisions of Chapter II, in particular Article 7 (“refusal of recognition or enforcement”) or Article 10 (“damages”). In the case of Article 7, for example, the court addressed may need to consider whether the judgment awards damages that do not compensate a party for the actual loss or harm suffered. Finally, the application of the draft Convention itself may also require the court in the requested State to examine the judgment of the court of origin, such as the characterisation of a dispute as a civil or commercial matter (see *supra* para. 36).

102 **Differences with the wording of the 2005 Choice of Court Convention.** There are two differences between the wording of Article 4(2) of the draft Convention and the parallel provision in the 2005 Choice of Court Convention (Art. 8(2)). The first difference is simply an improvement of the text, with no intention to change its substance. Unlike the parallel provision of the 2005 Choice of Court Convention, Article 4(2) commences by stating the principle, *i.e.*, “no review on the merits”, and then includes the clarification that this principle does not preclude an examination of the decision as is necessary for the application of the draft Convention. The word “examination” instead of “review” (as in the 2005 Choice of Court Convention) is more precise and prevents any misinterpretation. Also, the reference to the “Convention” instead of “this Chapter” (as in the 2005 Choice of Court Convention) prevents any *a contrario* interpretation since the determination of the scope of application of the draft Convention may also require a certain examination of the foreign judgment.

103 The second difference is substantive. Following Article 8(2) of the 2005 Choice of Court Convention, Article 4(2) of the draft Convention originally provided that the court of the requested State was bound by findings of fact on which the court of origin had based its jurisdiction, unless the judgment had been given by default. In the 2005 Choice of Court Convention, the equivalent provision only applies to “jurisdiction” under the Convention, *i.e.*, when

<sup>82</sup> Nygh/Pocar Report, para. 347.

fonde sa compétence sur un accord d'élection de for. Une telle disposition fait sens lorsque l'instrument instaure des règles harmonisées de compétence *directe*. Or, le projet de Convention ne contient que des règles concernant la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers mais pas de règles de compétence directe. Lors de sa Première réunion, la Commission spéciale a donc conclu qu'il serait préférable de ne pas inclure cette condition dans l'article traitant de l'examen sur le fond dans ce projet de Convention<sup>83</sup>. Par conséquent, comme le déclare l'article 4(2), le tribunal de l'État requis peut examiner le jugement à toute fin pertinente pour l'application du projet de Convention, qu'elle ait trait aux faits ou au droit.

### Paragraphe 3

**104 Donner effet.** L'obligation de reconnaissance et d'exécution implique de « donner effet » au jugement étranger dans l'État requis, c'est-à-dire de lui conférer l'autorité et l'efficacité qui lui étaient accordées dans l'État d'origine. Le paragraphe 3 contient un corollaire de ce principe : un jugement n'est reconnu que s'il produit ses effets dans l'État d'origine et il n'est exécuté que s'il est exécutoire dans l'État d'origine.

**105 Distinction entre reconnaissance et exécution.** Le texte de la disposition illustre la distinction souvent opérée entre la reconnaissance et l'exécution. Dans son acception la plus large, la reconnaissance recouvre tous les effets juridiques d'un jugement, y compris ses effets contraignants sur les procédures judiciaires ultérieures (*res judicata* ou autorité de chose jugée) et son caractère exécutoire. Cependant, les notions de reconnaissance et d'exécution sont traitées comme des notions distinctes dans le projet de Convention ; par conséquent, la reconnaissance peut être définie comme couvrant tous les effets d'un jugement hormis ceux qui ont trait à son exécution.

**106 Reconnaissance.** La reconnaissance implique habituellement que le tribunal requis donne effet à la décision sur les droits et obligations juridiques rendue par le tribunal d'origine. Ainsi, par exemple, si le tribunal d'origine juge qu'un plaignant avait (ou n'avait pas) un certain droit, les tribunaux de l'État requis acceptent qu'il en soit ainsi, c'est-à-dire qu'ils considèrent ce droit comme existant (ou inexistant). Ou, si le tribunal d'origine rend un jugement déclaratoire sur l'existence d'une relation juridique entre les parties, le tribunal de l'État requis accepte ce jugement comme ayant réglé la question<sup>84</sup>. Cette décision relative aux droits juridiques s'impose aux parties dans les litiges futurs. Ainsi, si le jugement étranger est reconnu, il pourra être invoqué, par exemple, pour empêcher une procédure ayant le même objet entre les mêmes parties (*res judicata* ou autorité de chose jugée) dans l'État requis et le défendeur n'aura pas à se défendre deux fois contre la même demande.

**107 Autorité de chose jugée.** Les précédentes versions du projet de Convention disposaient que la reconnaissance d'un jugement obligerait le tribunal de l'État requis à lui donner « les mêmes effets » que ceux qu'il avait dans l'État d'origine<sup>85</sup>. Cela impliquait que la portée de l'autorité de chose jugée était déterminée par la loi de l'État d'origine et non par la loi de l'État requis. Il en allait de même des effets similaires du jugement comme l'« *issue preclusion* »

ou le « *collateral estoppel* » en *common law*. Cette approche reposait sur la doctrine dite « de l'extension des effets » : la reconnaissance d'un jugement étranger implique d'*étendre* les effets qu'il produit en vertu de la loi de l'État d'origine et non de l'assimiler à une décision de l'État requis.

108 Lors de sa Troisième réunion, la Commission spéciale a supprimé cette disposition puisque la Convention Élection de for de 2005 était silencieuse sur cette question et que plusieurs délégations s'inquiétaient de ses conséquences pratiques, en particulier lorsque la loi de l'État d'origine a une approche large de l'extension des effets basée sur les doctrines de l'« *issue preclusion* » ou du « *collateral estoppel* »<sup>86</sup>. Cependant, le projet de Convention n'exige pas non plus l'application du droit de l'État requis pour déterminer les effets d'un jugement étranger. Le silence du projet de Convention sur ce point doit être interprété de manière uniforme conformément à ses objectifs. L'obligation de reconnaître un jugement étranger en vertu du projet de Convention implique qu'une même demande ou une même cause ne peut être rejugée dans un autre État. Dès lors, si le jugement étranger statue sur des droits ou obligations revendiqués dans une procédure, ces droits ou obligations ne feront pas l'objet d'un nouveau jugement devant les tribunaux de l'État requis<sup>87</sup>.

**109 Exécution.** L'exécution est l'application, par les tribunaux (ou par une autre autorité compétente) de l'État requis, de procédures juridiques visant à garantir que le débiteur du jugement rendu par le tribunal d'origine obéit à celui-ci. En général, l'exécution est nécessaire lorsque le jugement étranger condamne le défendeur à payer une somme d'argent (jugement pécuniaire) ou à faire ou ne pas faire quelque chose (injonction) et elle implique l'exercice des pouvoirs coercitifs de l'État pour amener le débiteur à s'exécuter. Ainsi, si le tribunal d'origine condamne le défendeur à payer 10 000 dollars au plaignant, le tribunal requis permettrait au créancier du jugement d'obtenir, par une procédure d'exécution, la somme que lui doit le débiteur du jugement. Puisque ce serait juridiquement indéfendable si le défendeur ne devait pas 10 000 dollars au plaignant, une décision d'exécution doit logiquement présupposer la reconnaissance du jugement<sup>88</sup>. L'exécution peut être également nécessaire en cas d'injonction, le tribunal requis contraignant le défendeur à exécuter les obligations de faire ou de ne pas faire qui résultent du jugement (voir, *supra*, para. 83 et 84 et, *infra*, para. 353 et 354).

110 En revanche, la reconnaissance n'est pas nécessairement accompagnée ou suivie de l'exécution<sup>89</sup>. Si, par exemple, le tribunal d'origine a jugé que le défendeur ne devait pas d'argent au plaignant, le tribunal de l'État requis peut simplement reconnaître cette constatation en rejetant la demande ultérieure sur la même question.

<sup>83</sup> Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du premier au 9 juin 2016), Rapport de séance No 3, para. 4 à 16, et Rapport de séance No 13, para. 3 et 4.

<sup>84</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 170. Voir aussi Rapport Nygh/Pocar, para. 303.

<sup>85</sup> Aux termes de l'art. 9 (première phrase) du projet de Convention de février 2017, « Un jugement reconnu ou déclaré exécutoire en vertu de la présente Convention a les mêmes effets que dans l'État d'origine. »

<sup>86</sup> Voir Aide-mémoire du Président de la Commission spéciale (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 13 au 17 novembre 2017)), para. 33.

<sup>87</sup> Voir Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 13 au 17 novembre 2017), Rapport de séance No 9, para. 28 ; voir aussi Doc. trav. No 195 d'octobre 2017, « Proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique » (en anglais uniquement) (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 13 au 17 novembre 2017)). Le Rapport Hartley/Dogauchi indique clairement que la Convention n'exige pas la reconnaissance ou l'exécution des décisions portant sur des questions préalables sur la base de doctrines comme l'« *issue estoppel* », le « *collateral estoppel* » ou l'« *issue preclusion* », mais qu'elles peuvent être accordées en vertu du droit interne, voir para. 195.

<sup>88</sup> Puisque le projet de Convention ne s'applique pas aux mesures provisoires et conservatoires ni aux obligations alimentaires (ni aux autres matières familiales analogues), la difficulté potentielle liée à l'absence d'autorité de chose jugée d'un jugement par ailleurs exécutoire ne se pose pas. Voir la discussion sur cette question dans le Rapport Nygh/Pocar, para. 302 à 315.

<sup>89</sup> *Ibid.*



the court of origin bases its jurisdiction on a choice of court agreement. Such a provision makes sense when the instrument establishes harmonised rules on *direct* jurisdiction. The draft Convention, however, only contains rules on recognition and enforcement of foreign judgments, and not direct rules on jurisdiction. The First Meeting of the Special Commission therefore concluded that it would be preferable not to include such a proviso in the Article dealing with review on the merits in this draft Convention.<sup>83</sup> Thus, as stated in Article 4(2), the court of the requested State may examine the judgment for any purpose relevant to the application of the draft Convention, irrespective of whether it relates to fact or law.

### Paragraph 3

**104 Giving effect.** The obligation to recognise and enforce implies “giving effect” to the foreign judgment in the requested State, *i.e.*, conferring on the foreign judgment the authority and effectiveness accorded to it in the State of origin. Paragraph 3 contains a corollary to this principle: a judgment shall be recognised only if it has effect in the State of origin, and shall be enforced only if it is enforceable in the State of origin.

**105 Recognition versus enforcement.** The text of the provision reflects the distinction often drawn between recognition and enforcement. In its broadest meaning, recognition includes all legal effects of a judgment, including its binding effects on subsequent litigation (*res judicata* or preclusive effects) and also its enforceability. But recognition and enforcement are treated as separate concepts in the draft Convention and therefore recognition may be defined as covering all effects of a judgment except those relating to its enforcement.

**106 Recognition.** Recognition usually implies that the court addressed gives effect to the determination of the legal rights and obligations made by the court of origin. For example, if the court of origin held that a plaintiff had (or did not have) a given right, the courts of the requested State would accept that this is the case, *i.e.*, would treat that right as existing (or not existing). Or, if the court of origin renders a declaratory judgment on the existence of a legal relationship between the parties, the court of the requested State accepts that judgment as determining the issue.<sup>84</sup> Such determination of legal rights is binding on the parties in subsequent litigation. Thus, if the foreign judgment is recognised, it could be invoked, for example, to prevent proceedings between the same parties and having the same subject matter (*res judicata* or issue preclusion defence) in the requested State and the defendant would not be burdened with defending the same claim twice.

**107 Res judicata.** Earlier versions of the draft Convention provided that recognition of a judgment would require the court of the requested State to give it “the same effects” it had in the State of origin.<sup>85</sup> This entailed that the scope of the *res judicata* effect was determined by the law of the State of origin rather than the law of the requested State. The same applied to similar effects of the judgment, such as issue preclusion or collateral estoppel. This approach

<sup>83</sup> Minutes of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (1-9 June 2016), Minutes No 3, paras 4-16, and Minutes No 13, paras 3 and 4.

<sup>84</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 170. See also Nygh/Pocar Report, para. 303.

<sup>85</sup> According to Art. 9 (first sentence) of the draft Convention of February 2017, “A judgment recognised or enforceable under this Convention shall be given the same effect it has in the State of origin.”

was based on the so-called “doctrine of extension of effects”: *i.e.*, recognising a foreign judgment implies *extending* the effects that such judgment has under the law of the State of origin, and not equalising it to a resolution of the requested State.

108 The Third Meeting of the Special Commission deleted this provision since the 2005 Choice of Court Convention was silent on this issue and several delegations were concerned about its practical consequences, in particular, when the law of the State of origin has a broad approach to the extension of effects based on issue preclusion or collateral estoppel doctrines.<sup>86</sup> But the draft Convention does not require application of the law of the requested State to determine the effects of a foreign judgment either. The silence of the draft Convention on this issue must be interpreted in a uniform manner in accordance with its objectives. The obligation to recognise a foreign judgment under the draft Convention implies that the same claim or cause of action cannot be re-litigated in another State. Thus, if the foreign judgment determines rights or obligations asserted in a claim, these rights or obligations shall not be subject to further litigation in the courts of the requested State.<sup>87</sup>

**109 Enforcement.** Enforcement means the application of legal procedures by the courts (or any other competent authority) of the requested State to ensure that the judgment debtor obeys the judgment given by the court of origin. Enforcement is usually needed when the foreign judgment rules that the defendant must pay a sum of money (monetary judgment), or must do or refrain from doing something (injunctive relief), and implies the exercise of the State’s coercive power to ensure compliance. Thus, if the court of origin rules that the defendant must pay the plaintiff USD 10,000, the court addressed would enable the judgment creditor to obtain the money owed by the judgment debtor through an enforcement procedure. Because this would be legally indefensible if the defendant did not owe USD 10,000 to the plaintiff, a decision to enforce the judgment must logically presuppose the recognition of the judgment.<sup>88</sup> Enforcement may also be needed in case of injunctive relief through the court of the requested State requiring the defendant to meet the obligations to do or refrain from doing something deriving from the judgment (see *supra* paras 83-84 and *infra* paras 353-354).

110 In contrast, recognition need not be accompanied or followed by enforcement.<sup>89</sup> For example, if the court of origin held that the defendant did not owe any money to the plaintiff, the court of the requested State may simply recognise this finding by dismissing a subsequent claim on the same issue.

<sup>86</sup> See *Aide memoire* of the Chair of the Special Commission (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2017)), para. 33.

<sup>87</sup> See Minutes of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2017), Minutes No 9, para. 28; also Work. Doc. No 195 of October 2017, “Proposal of the delegation of the United States of America” (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2017)). The Hartley/Dogauchi Report makes it clear that the recognition of rulings on preliminary issues on the basis of doctrines such as issue estoppel, collateral estoppel or issue preclusion is not required by the Convention, but may be granted under national law, see para. 195.

<sup>88</sup> Because the draft Convention does not apply to interim measures of protection or to maintenance obligations (and other analogous family matters), the potential challenge related to the absence of *res judicata* effect of an otherwise enforceable judgment does not arise. See the discussion on this issue in the Nygh/Pocar Report, paras 302-315.

<sup>89</sup> *Ibid.*

111 On voit aisément, à la lumière de cette distinction, pourquoi le paragraphe 3 affirme qu'un jugement n'est reconnu que s'il produit ses effets dans l'État d'origine<sup>90</sup>. « Produire ses effets » signifie que le jugement est juridiquement valable et opérant. Par conséquent, si le jugement ne produit pas d'effets dans l'État d'origine, il ne doit être reconnu dans aucun autre État en vertu du projet de Convention. En outre, s'il cesse de produire ses effets dans l'État d'origine, il ne doit pas être reconnu par la suite dans les autres États en vertu du projet de Convention.

112 De même, si le jugement n'est pas exécutoire dans l'État d'origine, il ne doit pas être exécuté ailleurs en vertu du projet de Convention. Il est possible qu'un jugement produise ses effets dans l'État d'origine sans y être exécutoire, par exemple parce que le caractère exécutoire a été suspendu dans l'attente d'un appel (soit de plein droit, soit par ordonnance du tribunal). En outre, un jugement qui n'est plus exécutoire dans l'État d'origine, par exemple parce qu'il a été infirmé en appel, ne doit pas être exécutoire par la suite dans un autre État en vertu du projet de Convention<sup>91</sup>.

113 **Remplacement des mesures.** Les précédentes versions du projet de Convention contenaient une règle sur le remplacement des mesures<sup>92</sup>, mais lors de sa Troisième réunion, la Commission spéciale a décidé de supprimer cette disposition car la Convention Élection de for de 2005 est silencieuse sur ce point. Ce silence doit donc être interprété de la même manière que dans la Convention Élection de for de 2005. Selon le Rapport Hartley/Dogauchi (para. 89) :

« La Convention n'impose pas à un État contractant de permettre une mesure qui n'est pas prévue par son droit, même si l'exécution d'un jugement dans le cadre duquel une telle mesure a été accordée le requiert. Les États contractants ne sont pas tenus de créer de nouveaux types de mesures aux fins de la Convention. Toutefois, ils doivent mettre en œuvre les moyens d'exécution disponibles en application de leur droit interne afin de donner tout l'effet possible au jugement étranger. »

#### Paragraphe 4

114 Le paragraphe 4 régit les hypothèses dans lesquelles, soit le jugement fait l'objet d'un recours (ou d'un appel) dans l'État d'origine, soit le délai pour exercer un recours ordinaire n'a pas expiré. Dans cette situation, le tribunal requis a trois possibilités : il peut (i) accorder la reconnaissance ou l'exécution ; (ii) surseoir à statuer ou (iii) refuser la reconnaissance ou l'exécution. Le paragraphe 4 s'applique aux jugements « visé[s] au paragraphe 3 », c'est-à-dire seulement aux jugements exécutoires en vertu du droit de l'État d'origine (voir, *supra*, para. 111).

115 **Raisonnement.** L'impact des mécanismes de recours ou d'appel sur l'efficacité ou le caractère exécutoire des jugements dépend des systèmes juridiques, et il n'y a pas de position uniforme sur le moment auquel une décision acquiert l'autorité de chose jugée ou *res judicata*. En *common law*, l'effet de *res judicata* est acquis lorsqu'un jugement définitif est rendu sur les questions opposant les parties, celles-ci ne pouvant être réexaminées par le même tribunal dans une procédure ordinaire même si la décision

peut potentiellement ou effectivement faire l'objet d'un recours devant une juridiction supérieure. En revanche, dans de nombreux systèmes de droit civil si ce n'est tous, un jugement n'a pas l'autorité de chose jugée tant qu'il peut encore faire l'objet d'un recours ordinaire<sup>93</sup>. Il en va de même de l'exécution. Dans certains États et territoires, un jugement est exécutoire même s'il fait l'objet d'un appel devant une juridiction supérieure. Dans d'autres, un jugement ne devient exécutoire que si le délai de recours ordinaire est dépassé.

116 En conséquence, le projet de Convention n'exige pas que le jugement soit définitif (*final and conclusive*), car il n'existe pas de définition uniforme de cet état. Il suffit, conformément au paragraphe 3, que le jugement produise ses effets ou soit exécutoire en vertu du droit de l'État d'origine. Il en résulte qu'un jugement peut être reconnu et exécuté en vertu du projet de Convention même s'il n'est pas considéré comme définitif dans l'État d'origine ou en vertu du droit de l'État requis. Cette solution protège les intérêts du créancier du jugement et simplifie l'application du projet de Convention dans la mesure où les notions de jugement « définitif » (*final and conclusive*) ou d'« autorité de chose jugée » (*res judicata effect*) n'ont pas de signification uniforme<sup>94</sup>. Cependant, le fait de ne pas exiger qu'un jugement soit définitif pourrait aboutir à ce qu'un jugement déjà reconnu ou exécuté dans l'État requis soit annulé ou infirmé dans l'État d'origine. En conséquence, le paragraphe 4 résout ce problème en prévoyant une exception à l'obligation de reconnaître et d'exécuter un jugement dans les hypothèses où un appel est pendant ou le délai de recours court encore.

117 **Recours dans l'État d'origine et délai de recours non expiré.** Le tribunal de l'État requis n'est pas tenu d'accorder la reconnaissance ou l'exécution si le jugement fait l'objet d'un recours dans l'État d'origine ou si le délai pour exercer un recours ordinaire n'a pas expiré. Faire « l'objet d'un recours » implique qu'une procédure de recours est déjà pendante dans l'État d'origine. Cette expression n'opère pas de distinction entre le recours ordinaire et le recours extraordinaire. La non-expiration du délai pour exercer un recours ordinaire implique qu'aucun recours n'a été exercé, mais que le délai de recours court encore. Cette règle ne s'applique qu'au recours *ordinaire*, lequel n'est pas défini dans le projet de Convention. En principe, il s'agit de tout recours (i) pouvant conduire à une modification du jugement et (ii) qui entre dans le cours normal d'une action et qui, à ce titre, constitue un développement procédural que toute partie peut raisonnablement escompter ; et (iii) qui, en vertu du droit de l'État d'origine, ne peut survenir avant l'expiration d'un délai qui commence à courir du fait du jugement dont la reconnaissance ou l'exécution est demandée<sup>95</sup>.

118 **Conséquences.** Si le jugement fait l'objet d'un recours dans l'État d'origine ou si le délai de recours ordinaire n'a pas expiré, le tribunal de l'État requis a trois possibilités et peut décider de la solution la plus appropriée<sup>96</sup>. Les conséquences de chaque option pour les deux parties seront un facteur clé pour le tribunal. Celui-ci pourrait également envisager d'apprécier de prime abord les chances qu'a la partie contre laquelle la reconnaissance ou l'exécution

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> Aux termes de l'art. 9 (deuxième phrase) du projet de Convention de février 2017, « Si le jugement contient des mesures qui ne sont pas disponibles dans le droit de l'État requis, ces mesures doivent être remplacées, dans la mesure du possible, par des mesures qui ont des effets équivalents à, mais n'excédant pas, ceux prévus dans le droit de l'État d'origine. »

<sup>93</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 304.

<sup>94</sup> *Ibid.*, para. 306 à 311.

<sup>95</sup> Voir, sur la différence entre un recours « ordinaire » et un recours « extraordinaire », le Rapport Schlosser (*op. cit.* note 41), para. 195 à 204, également cité dans le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 173, note 209.

<sup>96</sup> Notons que le Rapport Hartley/Dogauchi, au para. 173, note 211, souligne que la discrétion en vertu de la disposition parallèle figurant dans la Convention Élection de for de 2005 peut être exercée par le législateur. Dans le projet de Convention, elle est directement accordée au tribunal requis.

111 In the light of this distinction, it is easy to see why paragraph 3 affirms that a judgment will be recognised only if it has effect in the State of origin.<sup>90</sup> Having effect means that the judgment is legally valid and operative. Thus, if the judgment does not have effect in the State of origin, it should not be recognised under the draft Convention in any other State. Moreover, if the judgment ceases to have effect in the State of origin, it should not thereafter be recognised under the draft Convention in other States.

112 Likewise, if the judgment is not enforceable in the State of origin, it should not be enforced elsewhere under the draft Convention. It is possible that a judgment will be effective in the State of origin without being enforceable there, for example, because enforceability has been suspended pending an appeal (either automatically or by an order of the court). Moreover, a judgment that is no longer enforceable in the State of origin because, for example, it has been overturned on appeal should not thereafter be enforceable in another State under the draft Convention.<sup>91</sup>

113 **Adaptation of remedies.** Former versions of the draft Convention contained a rule on adaptation of remedies.<sup>92</sup> The Third Meeting of the Special Commission decided to delete this provision since the 2005 Choice of Court Convention was silent on this issue. This silence should, therefore, be interpreted in the same manner as in the 2005 Choice of Court Convention. According to the Hartley/Dogauchi Report (para. 89):

“The Convention does not require a Contracting State to grant a remedy that is not available under its law, even when called upon to enforce a foreign judgment in which such a remedy was granted. Contracting States do not have to create new kinds of remedies for the purpose of the Convention. However, they should apply the enforcement measures available under their internal law in order to give as much effect as possible to the foreign judgment.”

#### Paragraph 4

114 Paragraph 4 deals with judgments subject to review (or appeal) in the State of origin or where the time limit for seeking ordinary review has not expired. In such a situation, the court addressed has three options. It may (i) grant recognition or enforcement; (ii) postpone its decision; or (iii), refuse recognition or enforcement. Paragraph 4 applies to judgments “referred to in paragraph 3”. That is, paragraph 4 only applies to judgments enforceable under the law of the State of origin (see *supra* para. 111).

115 **Rationale.** The impact of review or appeal mechanisms on the effectiveness or enforceability of judgments varies across legal systems and there is no uniform position on when a decision acquires the effect of *res judicata* or “*autorité de chose jugée*”. In the common law, *res judicata* arises when a final judgment is given on the issues between the parties which cannot be reconsidered by the same court in ordinary proceedings, even though the decision may po-

tentially or actually be the subject of appeal to a higher court. In contrast, many, if not most, civil law systems take the view that a judgment does not have the status of *res judicata* or “*autorité de chose jugée*” until the decision is no longer subject to ordinary forms of review.<sup>93</sup> The same holds with regard to enforcement. In some jurisdictions, a judgment is enforceable even if it is the subject of appeal to a higher court. In other jurisdictions, a judgment only becomes enforceable if the time limit for seeking ordinary review has expired.

116 Accordingly, the draft Convention does not require that the judgment be “final and conclusive”, as there is no uniform definition of this status. Instead, according to paragraph 3, it is sufficient that the judgment has effect or is enforceable under the law of the State of origin. This implies that a judgment may be recognised and enforced under the draft Convention even though it may not be considered to be final either in the State of origin or under the law of the requested State. This solution protects the interest of the judgment creditor and simplifies the application of the draft Convention insofar as the concepts of “final and conclusive judgment” or “*res judicata* effect” have no uniform meaning.<sup>94</sup> But the lack of a requirement that a judgment be final and conclusive could result in a judgment already recognised or enforced in the requested State subsequently being reversed or set aside in the State of origin. Accordingly, paragraph 4 addresses this problem by providing for an exception to the obligation to recognise and enforce a judgment in circumstances where there is a pending appeal or the time for seeking ordinary review has not expired.

117 **Review in the State of origin and unexpired time limit for review.** The court of the requested State is not obliged to grant recognition or enforcement if the judgment is the subject of review in the State of origin or the time limit for seeking ordinary review has not expired. Being “the subject of review” implies that proceedings for the review of the judgment are already pending in the State of origin. This phrase does not differentiate between ordinary and extraordinary review. Non-expiry of the time limit for seeking ordinary review implies that review of the judgment has not yet been sought, but the time limit for review has not expired. This phrase only applies to *ordinary* review. The draft Convention does not define “ordinary review”. In principle, it includes any review that (i) may result in change to the judgment; (ii) is part of the normal course of an action and therefore a step any party must reasonably expect; and (iii) under the law of the State of origin, can only happen before the expiry of a period of time which starts to run by virtue of the judgment whose recognition or enforcement is sought.<sup>95</sup>

118 **Consequences.** If the judgment is the subject of review in the State of origin or the time limit for seeking ordinary review has not expired, the court of the requested State has three options and a discretion to decide which is most appropriate.<sup>96</sup> The consequences for both parties of each option will be a key factor for the court to consider. The court might also consider a *prima facie* assessment of the chance that the party against whom recognition or en-

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> According to Art. 9 (second sentence) of the draft Convention of February 2017, “If the judgment provides for relief that is not available under the law of the requested State, that relief shall, to the extent possible, be adapted to relief with effects equivalent to, but not going beyond, its effects under the law of the State of origin.”

<sup>93</sup> Nygh/Pocar Report, para. 304.

<sup>94</sup> *Ibid.*, paras 306-311.

<sup>95</sup> See, on the differentiation between “ordinary” and “extraordinary” review, Schlosser Report (*op. cit.* note 41), paras 195-204; also referred to in the Hartley/Dogauchi Report, para. 173, note 209.

<sup>96</sup> Note that the Hartley/Dogauchi Report, para. 173, note 211, points out that the discretion permitted under the parallel provision in the 2005 Choice of Court Convention may be exercised by the legislator. In the draft Convention, it is directly given to the court addressed.

tion est demandée d'avoir gain de cause dans la procédure de recours, s'il est en mesure d'apprécier cette question.

**119 Accorder la reconnaissance et l'exécution.** Premièrement, le tribunal requis peut accorder la reconnaissance ou l'exécution du jugement étranger. Il peut accorder l'exécution sous réserve de la constitution d'une sûreté, dont le principal objectif est d'indemniser le débiteur du jugement dans l'hypothèse où ce dernier est finalement infirmé ou modifié dans l'État d'origine et son exécution doit être annulée dans l'État requis<sup>97</sup>. S'il décide de subordonner l'exécution à la constitution d'une sûreté, il en fixe également le montant et la nature.

**120 Surseoir à statuer.** Deuxièmement, le tribunal requis peut surseoir à statuer sur la reconnaissance et l'exécution. Dans ce cas, il se contente de suspendre sa décision sur la reconnaissance et l'exécution jusqu'à l'issue du recours ou l'expiration du délai de recours. Il poursuit ensuite la procédure et statue en conséquence. Cette disposition n'empêche pas le tribunal requis, dans l'intervalle où la décision est suspendue, de prendre des mesures de protection pour garantir l'exécution ultérieure du jugement conformément à son droit interne.

**121 Refuser la reconnaissance ou l'exécution.** Enfin, le tribunal requis peut refuser la reconnaissance ou l'exécution. En principe, l'alinéa (c) envisage un refus de reconnaissance et d'exécution simplement fondé sur le caractère provisoire du jugement, c'est-à-dire sur le fait qu'un recours est pendu dans l'État d'origine ou que le délai de recours court encore. C'est pourquoi l'article précise qu'un refus en vertu de l'alinéa (c) n'empêche pas une demande ultérieure de reconnaissance ou d'exécution. Le refus signifie ici un rejet sans préjudice pour l'avenir<sup>98</sup>. Dès que le jugement devient définitif, la personne qui en est le créancier peut redemander sa reconnaissance et son exécution. Naturellement, le tribunal requis peut aussi refuser la reconnaissance et l'exécution pour d'autres motifs, par exemple parce que le jugement n'est pas susceptible d'être reconnu ou exécuté en vertu des articles 5 ou 6 du projet de Convention. Le refus de reconnaissance ou d'exécution du tribunal requis fondé sur de tels motifs empêchera une demande ultérieure de reconnaissance ou d'exécution.

[Paragraphe 5 et 6]

**122 [Introduction.]** Les paragraphes 5 et 6 de l'article 4 régissent l'application du projet de Convention aux jugements rendus par des tribunaux communs à deux ou plusieurs États. Cette question a fait l'objet d'une discussion approfondie au sein de la Commission spéciale et plusieurs approches ont été étudiées<sup>99</sup>. L'article 4 du projet de Convention présente deux solutions possibles, qui prévoient toutes deux un mécanisme de déclaration en vertu duquel un État contractant peut déclarer que les jugements rendus

par des tribunaux communs désignés sont réputés constituer des jugements rendus par les tribunaux de cet État et qu'ils entrent à ce titre dans le champ d'application du projet de Convention (para. 5). Ce mécanisme comprend des conditions précises gouvernant l'application des critères de compétence pour ces jugements. Dans la deuxième solution (para. 6), la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus par des tribunaux communs désignés dans une telle déclaration dépendent de la disposition des autres États contractants à reconnaître et exécuter ces jugements. Deux variantes sont proposées : soit les États contractants qui n'ont pas fait de déclaration en vertu du paragraphe 5 peuvent déclarer qu'ils ne reconnaîtront pas ou n'exécuteront pas les jugements rendus par les tribunaux communs désignés dans une telle déclaration (variante 1), soit la reconnaissance ou l'exécution des jugements rendus par les tribunaux communs désignés dépend de l'acceptation expresse par chaque État contractant d'une déclaration en vertu du paragraphe 5 (variante 2).

**123 Tribunaux communs.** La notion de « tribunal commun » n'est pas définie dans le projet de Convention ni dans d'autres instruments de La Haye. Dans le contexte du projet de Convention, ce terme présuppose un accord entre deux ou plusieurs États pour investir un tribunal commun des pouvoirs (i) d'exercer sa compétence sur des matières comprenant celles qui entrent dans le champ d'application du projet de Convention, c'est-à-dire les matières civiles ou commerciales ; et (ii) de rendre des décisions sur le fond comprenant des décisions constituant des « jugements » en vertu de l'article 3(1)(b). Conformément à de tels accords, les États transfèrent ou délèguent leur pouvoir judiciaire à un tribunal commun, c'est-à-dire à un tribunal qui exerce sa compétence pour le compte de ces États, et qui est investi d'un pouvoir exclusif ou coexistant avec celui des juridictions nationales. La création de tribunal commun répond habituellement, mais pas nécessairement, à l'intérêt qu'ont différents États à garantir une interprétation et une application uniformes d'un droit matériel harmonisé, par exemple, des droits de propriété intellectuelle unitaires. En outre, un tribunal commun peut exercer seulement les fonctions d'une juridiction d'appel ou bien celles d'une juridiction de première instance et d'appel.

**124 Exemples.** Il existe des tribunaux communs qui peuvent être clairement qualifiés comme tels : la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, la Cour de justice des Caraïbes (*Caribbean Court of Justice*, CCI), la Cour suprême de la Caraïbe orientale (*Eastern Caribbean Supreme Court*, ECSC), la Cour de justice de la Communauté andine (*Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, TJCA), le Comité judiciaire du Conseil privé (*Judicial Committee of the Privy Council*, JCPC), la Cour de Justice Benelux ou la future Juridiction unifiée du brevet<sup>100</sup>. À l'inverse, des juridictions internationales comme la Cour internationale de Justice (CIJ), la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) ou l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ne constituent pas des

<sup>97</sup> Voir le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 173. Le projet de Convention n'aborde pas la question des modalités d'annulation d'un jugement étranger déjà exécuté dans l'État requis, qui est ensuite annulé ou infirmé dans l'État d'origine. La question a fait l'objet d'une discussion approfondie lors des deux premières réunions de la Commission spéciale, et différentes solutions ont été envisagées. Voir Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du premier au 9 juin 2016), Rapport de séance No 2, para. 48, Rapport de séance No 3, para. 51 à 66, Rapport de séance No 6, para. 41 à 49 ; Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 16 au 24 février 2017), Rapport de séance No 4, para. 76 à 82, Rapport de séance No 10, para. 6 à 8. Finalement, la Commission spéciale a jugé préférable, lors de sa Deuxième réunion, de laisser cette question au droit procédural de l'État requis.

<sup>98</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 174.

<sup>99</sup> Voir Doc. trav. No 254 de novembre 2018, « Groupe de travail 5 sur les tribunaux communs – Rapport final » (en anglais uniquement) (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 24 au 29 mai 2018)), para. 15 à 20.

<sup>100</sup> Voir, pour une description complète comprenant une liste des tribunaux communs existant à la date de rédaction de ce Rapport, « Note concernant les 'tribunaux communs' visés à l'article 22 du projet de Convention de février 2017 », Doc. pré-l. No 9 d'octobre 2017 à l'attention de la Troisième réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 13 au 17 novembre 2017), Union européenne, « Document de discussion de l'Union européenne sur le fonctionnement de la future Convention de La Haye sur les jugements en ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle », Doc. info. No 10 Révisé de décembre 2017 à l'attention de la Troisième réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 13 au 17 novembre 2017) et Doc. trav. No 254 de novembre 2018, « Groupe de travail 5 sur les tribunaux communs – Rapport final » (en anglais uniquement) (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 24 au 29 mai 2018)).

forcement is sought will succeed in the review procedure, if it is in a position to form a view on this issue.

**119 Granting recognition and enforcement.** First, the court addressed may grant recognition or enforcement of the foreign judgment. The court may grant enforcement subject to the provision of a security. The main purpose of this security is to compensate the judgment debtor if the judgment is eventually annulled or amended in the State of origin and its enforcement has to be rescinded in the requested State.<sup>97</sup> If the court decides to make enforcement conditional upon a security, the amount and nature of this security is also determined by the court.

**120 Postponing the decision.** Secondly, the court addressed may postpone the decision on recognition and enforcement. In this case, the court addressed simply stays or suspends its decision on recognition and enforcement until the review is decided or the time limit for seeking it has expired. The court addressed shall then continue with the proceedings and decide accordingly. This provision does not prevent the court addressed taking protective measures, during the period the decision is suspended, to ensure the future enforcement of the judgment, in accordance with its national law.

**121 Refusing recognition or enforcement.** Finally, the court addressed may refuse recognition or enforcement. In principle, sub-paragraph (c) envisages a refusal of recognition and enforcement merely based on the provisional nature of the judgment, *i.e.*, based on the fact that a review is on-going in the State of origin, or the time limit for seeking ordinary review has not expired. For this reason, the Article clarifies that a refusal under sub-paragraph (c) does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement. Here, refusal means dismissal without prejudice.<sup>98</sup> Once the judgment becomes final, the judgment creditor may again seek its recognition and enforcement. Naturally, the court addressed may also refuse recognition and enforcement on other grounds, *e.g.*, that the judgment is not eligible for recognition or enforcement under Article 5 or 6 of the draft Convention. A decision of the court addressed to refuse recognition or enforcement on such other grounds will prevent a subsequent application for recognition or enforcement.

[Paragraphs 5 and 6]

**122 [Introduction.** Paragraphs 5 and 6 of Article 4 address the application of the draft Convention to judgments given by courts common to two or more States. This issue has been thoroughly discussed in the Special Commission and several approaches have been explored.<sup>99</sup> Article 4 of the draft Convention sets out two alternative ways of addressing this issue. Both options provide for a declaration mechanism according to which a Contracting State may declare that judgments given by designated common courts

are deemed to be judgments of that State's courts and therefore within the scope of the draft Convention (para. 5). This mechanism includes specific conditions governing the application of the jurisdictional filters for such judgments. Under the second option (para. 6), recognition and enforcement of judgments of common courts identified in such a declaration depends on the willingness of other Contracting States to recognise and enforce those judgments. There are two sub-options: either Contracting States other than the ones having made a declaration under paragraph 5 may 'opt-out' by declaring that they will not recognise or enforce judgments from common courts identified in such a declaration (variant 1) or recognition or enforcement of judgments from designated common courts depends on each other Contracting State 'opting in' by express acceptance of a declaration made under paragraph 5 (variant 2).

**123 Common courts.** The concept of "common courts" is not defined in the draft Convention, nor in other Hague instruments. In the context of the draft Convention, the term presupposes an agreement between two or more States to invest a common court with powers to (i) exercise jurisdiction over matters including those that come within the scope of application of the draft Convention, *i.e.*, civil and commercial matters; and (ii) deliver decisions on the merits including decisions that qualify as "judgments" under Article 3(1)(b). Under such agreements, States transfer or delegate their judicial power to a common court, *i.e.*, a court which exercises jurisdiction on behalf of those States, vested with either exclusive or concurrent power in relation to national courts. The creation of common courts usually, but not necessarily, responds to the interest of different States to ensure a uniform interpretation and application of harmonised substantive law, *e.g.*, unitary IP rights. Furthermore, common courts may have only an appellate function or both first instance and appellate functions.

**124 Examples.** There are examples of common courts that can be clearly characterised as such: the Common Court of Justice and Arbitration of the Organization for the Harmonization of Business Law (CCJA); the Caribbean Court of Justice (CCJ); the Eastern Caribbean Supreme Court (ECSC); the Court of Justice of the Andean Community (TJCA); the Judicial Committee of the Privy Council (JCPC); the Benelux Court of Justice; or the future Unified Patent Court.<sup>100</sup> Conversely, international courts, such as the International Court of Justice (ICJ), the European Court of Human Rights (ECHR), the Inter-American Court of Human Rights (CIDH) or the World Trade Organisation (WTO) Appellate Body do

<sup>97</sup> See the Hartley/Dogauchi Report, para. 173. The draft Convention does not deal with the issue of how to rescind a foreign judgment that has already been enforced in the requested State but is subsequently annulled or set aside in the State of origin. This issue was thoroughly discussed in the First and Second Meetings of the Special Commission, and different solutions were considered. See Minutes of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (1-9 June 2016), Minutes No 2, para. 48, Minutes No 3, paras 51-66, Minutes No 6, paras 41-49; Minutes of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (16-24 February 2017), Minutes No 4, paras 76-82, Minutes No 10, paras 6-8. Finally, the Second Meeting of the Special Commission considered it preferable to leave this issue to the procedural law of the requested State.

<sup>98</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 174.

<sup>99</sup> See Work. Doc. No 254 of May 2018, "Working Group 5 on Common Courts – Final Report" (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (24-29 May 2018)), paras 15-20.

<sup>100</sup> See, for an exhaustive description, including a list of common courts in existence at the time of writing this Report, "Note on 'common courts' in Article 22 of the February 2017 draft Convention", Prel. Doc. No 9 of October 2017 for the attention of the Third Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2017); the European Union, "Discussion Document from the European Union on the operation of the future Hague Judgments Convention with regard to Intellectual Property Rights", Info. Doc. No 10 Revised of December 2017 for the attention of the Third Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2017), and Work. Doc. No 254 of May 2018, "Working Group 5 on Common Courts – Final Report" (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (24-29 May 2018)).

tribunaux communs aux fins de l'article 4(5). Ces tribunaux connaissent de litiges de droit international public, non de matières civiles et commerciales, et de ce fait, ils n'exercent pas la compétence *des* États mais exercent leur compétence *sur* les États en tant que sujets de droit international. De même, les tribunaux établis en vertu de traités bilatéraux d'investissement pour connaître des différends entre investisseurs et États ne constituent pas eux non plus des tribunaux communs parce qu'ils exercent leur compétence *sur* l'État en tant que sujet de droit international<sup>101</sup>. Le cas de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, constituée de la Cour de justice et du Tribunal) est discutable, car elle peut avoir une double fonction ; en tant qu'institution de l'Union européenne, c'est une juridiction supranationale qui, toutefois, exerce également sa compétence en matière civile et commerciale dans le cadre de certains différends portant sur des droits de propriété intellectuelle dans l'UE. La CJUE est également compétente pour connaître de litiges contractuels et non contractuels entre l'Union européenne et des personnes privées. Toutefois, le fait que l'Union européenne, en tant qu'Organisation régionale d'intégration économique (ci-après, « ORIE »), puisse devenir Partie au projet de Convention et être considérée comme un État contractant (voir art. 27(4)), permet de conclure que la CJUE est le tribunal d'un État contractant et non un tribunal commun à deux ou plusieurs États contractants<sup>102</sup>.

#### *Première option : Paragraphe 5*

**125 Introduction.** La version actuelle du projet de Convention contient deux options destinées à régler la question des tribunaux communs. La première consiste à n'ajouter qu'un seul paragraphe à l'article 4, le paragraphe 5. Aux termes du paragraphe 5, les jugements rendus par un tribunal commun à deux ou plusieurs États sont réputés constituer des jugements aux fins du projet de Convention si : (i) l'État contractant a désigné ce tribunal commun dans une déclaration à cet effet et (ii) certaines conditions sont remplies.

126 La première condition signifie que les jugements rendus par des tribunaux communs n'entrent pas automatiquement dans le champ d'application du projet de Convention : une déclaration positive de l'État contractant ou des États contractants pour le compte desquels ce tribunal commun exerce sa compétence est également nécessaire. Cela apportera de la clarté et de la transparence aux autres États contractants.

127 En outre, les alinéas (a) et (b) de l'article 4(5) précisent l'application, aux jugements rendus par des tribunaux communs, des critères de compétence établis aux articles 5 et 6. Ces précisions sont nécessaires parce que certains critères des articles 5 et 6 sont basés sur des liens entre un jugement et un État contractant précis, c'est-à-dire l'État d'origine, alors que les tribunaux communs exercent leur compétence pour le compte de deux ou plusieurs États. L'application de ces critères de compétence ne pose pas de difficulté lorsque tous les États pour le compte desquels les tribunaux communs exercent leur compétence sont des États contractants, mais si ce n'est pas le cas, leur application doit faire l'objet de contrôles supplémentaires pour éviter le problème de l'« État profiteuse » : les États non contractants pourraient se servir des tribunaux communs pour

accéder au système du projet de Convention. Les alinéas (a) et (b) prévoient ces contrôles et évitent le problème. Sans ces contrôles supplémentaires, les États parties à l'accord établissant le tribunal commun mais non parties au projet de Convention pourraient bénéficier de la reconnaissance et de l'exécution des jugements en vertu du projet de Convention sans avoir à souscrire à ses obligations.

**128 Critères de compétence fondés sur le consentement : article 4(5)(a).** Le premier alinéa (a) règle les hypothèses dans lesquelles le critère de compétence est fondé sur le consentement et non sur un lien géographique avec le territoire de l'État d'origine : article 5(1)(c), jugements contre la personne qui a introduit la demande ; article 5(1)(e), consentement exprès du défendeur à la compétence du tribunal d'origine ; article 5(1)(f), le défendeur a fait valoir ses arguments sur le fond sans contester la compétence ; article 5(1)(l), jugements portant sur une demande reconventionnelle ; article 5(1)(m), accords non exclusifs d'élection de for<sup>103</sup>. À moins que tous les États membres du tribunal commun soient des États contractants, les jugements rendus par des tribunaux communs couverts par ces critères de compétence ne seront pas reconnus ou exécutés en vertu du projet de Convention parce qu'il n'est pas possible de les rattacher à un État en particulier.

**129 Critères de compétence fondés sur un facteur de rattachement géographique : article 4(5)(b).** L'alinéa (b) régit les hypothèses dans lesquelles le critère de compétence est un facteur de rattachement géographique, c'est-à-dire un lien particulier entre le litige et le territoire de l'État d'origine : article 5(1)(a) et (b), résidence habituelle ou principal établissement de la personne contre laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée ; article 5(1)(d), lieu d'une succursale, d'une agence ou d'un autre établissement du défendeur ; article 5(1)(g), lieu d'exécution d'une obligation contractuelle ; article 5(1)(h), situation d'un immeuble ou article 5(1)(j), lieu de survenue du dommage. Il en est de même en ce qui concerne les critères de compétence énoncés aux articles 5(3) et 6. Dans ces hypothèses, le projet de Convention impose que ces conditions soient satisfaites dans un État contractant dont la fonction judiciaire pour la matière en question est exercée par le tribunal commun qui rend le jugement. Cette exigence d'un rattachement à un État contractant implique qu'il n'est pas nécessaire, contrairement au cas de l'alinéa (a), que tous les États membres du tribunal commun soient des États contractants au projet de Convention.

**130 Exemple.** Supposons que les États X, Y et Z aient établi un tribunal commun. Les États X et Y sont Parties au projet de Convention et ont fait une déclaration en vertu de l'article 4(5), tandis que l'État Z n'est pas Partie au projet de Convention. Dans cette hypothèse, un jugement rendu par ce tribunal commun ne circulera pas en vertu du projet de Convention si le seul critère de compétence applicable est que le défendeur a fait valoir ses arguments sur le fond devant le tribunal commun sans contester la compétence (voir art. 5(1)(f)), ou que le défendeur avait sa résidence habituelle dans l'État Z. Inversement, ce jugement circulera si le défendeur avait sa résidence habituelle dans l'État X ou Y. Ces résultats garantissent que l'État Z ne tirera aucun avantage du projet de Convention même s'il est membre du tribunal commun.

<sup>101</sup> Étant donné la nature évolutive de la notion de tribunaux communs, on ne peut totalement exclure qu'à l'avenir, il puisse arriver que ces tribunaux fonctionnent comme des tribunaux communs. Les co-Rapporteurs sollicitent des exemples sur ce point.

<sup>102</sup> Voir aussi le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 17 : « Il s'ensuit qu'un accord d'élection de for désignant 'les tribunaux de la Communauté européenne' ou visant particulièrement 'la Cour de justice des Communautés européennes (Tribunal de première instance)' relèverait de la Convention. »

<sup>103</sup> Les co-Rapporteurs notent que l'alinéa (k) est également basé sur le consentement, mais qu'il n'est pas couvert par l'art. 5(1)(a). Il est vrai qu'il mentionne l'« État d'origine », mais lorsque les tribunaux communs ont compétence sur les questions de trust, la clause renverra habituellement à ces tribunaux communs et l'alinéa (k) doit être interprété en conséquence.

not qualify as common courts for the purpose of Article 4(5). These courts deal with public international law disputes, not with civil and commercial matters, and accordingly do not exercise jurisdiction *of* the States but *over* the States as subjects of international law. Similarly, courts established under Bilateral Investment Treaties (BIT) to deal with investor-State disputes do not qualify as common courts because they exercise jurisdiction *over* the State as a subject of international law.<sup>101</sup> The case of the European Court of Justice (ECJ) (including the Court of First Instance) is debatable, since it may have a double-function: as an institution of the European Union it is a supra-national court, but it also exercises jurisdiction on civil and commercial matters regarding certain EU intellectual property right disputes. The ECJ also has jurisdiction to adjudicate in cases related to contractual and non-contractual disputes between the European Union and private persons. However, since the European Union as a Regional Economic Integration Organisation (hereinafter, “REIO”) may become a party to the draft Convention and qualify as a Contracting State (see Art. 27(4)), there are reasons to conclude that the ECJ is the court of a Contracting State, and not a court common to two or more Contracting States.<sup>102</sup>

#### *First alternative: Paragraph 5*

**125 Introduction.** The current version of the draft Convention contains two alternatives to deal with common courts. The first alternative is to add only one new paragraph to Article 4, paragraph 5. According to this paragraph, judgments given by a court common to two or more States qualify as judgments for the purpose of the draft Convention if: (i) the Contracting State has identified the common court in a declaration to that effect; and (ii) certain conditions are met.

126 The first requirement means that judgments given by common courts do not automatically fall within the scope of the draft Convention: a positive declaration by the Contracting State(s) on behalf of which such a common court exercises jurisdiction is needed. This will provide clarity and transparency for other Contracting States.

127 Additionally, sub-paragraphs (a) and (b) of Article 4(5) clarify the application of the jurisdictional filters established by Articles 5 and 6 to judgments of common courts. This is necessary because some of the filters in Articles 5 and 6 are based on links between a judgment and a specific Contracting State, *i.e.*, the State of origin, whereas common courts exercise jurisdiction on behalf of two or more States. The application of those filters does not give rise to difficulties when all of the States on behalf of which the common courts exercise jurisdiction are Contracting States. But if only some of them are Contracting States, the application of the jurisdictional filters must be subject to additional controls to prevent the so-called “free rider problem”: that non-Contracting States may use common courts to access

the draft Convention system. Sub-paragraphs (a) and (b) provide these controls and prevent the problem. Without these additional controls, States which are party to the agreement establishing the common court, but not party to the draft Convention, could benefit from the recognition and enforcement of judgments under the draft Convention without having to adhere to any of the obligations.

**128 Jurisdictional filters based on consent: Article 4(5)(a).** The first sub-paragraph (a) deals with cases where the jurisdictional filter is based on consent rather than a geographical connection to the territory of the State of origin: Article 5(1)(c), judgments against the person that brought the claim; Article 5(1)(e), defendant’s express consent to the jurisdiction of the court of origin; Article 5(1)(f), the defendant argued on the merits without contesting jurisdiction; Article 5(1)(l), judgments on a counterclaim; and Article 5(1)(m) non-exclusive choice of court agreements.<sup>103</sup> Judgments of common courts covered by these jurisdictional filters will not be recognised or enforced under the draft Convention unless all of the State members of the common court are Contracting States because it is not possible to connect such judgments to a specific State.

**129 Jurisdictional filters based on a geographical connecting factor: Article 4(5)(b).** Sub-paragraph (b) deals with cases where the jurisdictional filter is based on a geographical connecting factor, *i.e.*, is based on a particular link between the dispute and the territory of the State of origin: Article 5(1)(a) and (b), habitual residence or principal place of business of the person against whom recognition or enforcement is sought; Article 5(1)(d), location of a defendant’s branch, agency or other establishment; Article 5(1)(g), place of performance of a contractual obligation; Article 5(1)(h), situation of an immovable property; or Article 5(1)(j), place where a harm occurs. And the same holds with regard to the jurisdictional filters laid down by Articles 5(3) and 6. In these cases, the draft Convention requires that those eligibility requirements be met in a Contracting State whose judicial function in relation to the relevant matter is exercised by the common court that delivers the judgment. This requirement of a connection to a Contracting State means that it is not necessary, unlike under sub-paragraph (a), that all State members of the common court be Contracting States to the draft Convention.

**130 Example.** Suppose that there is a common court established by States X, Y and Z. States X and Y are parties to the draft Convention and made a declaration under Article 4(5), but State Z has not become a party to the draft Convention. In this case, a judgment given by that common court will not circulate under the draft Convention if the only applicable jurisdictional filter is that the defendant argued on the merits before the common court without contesting jurisdiction (see Art. 5(1)(f)) or that the defendant’s habitual residence was in State Z. Conversely, such a judgment will circulate if the defendant’s habitual residence was in State X or Y. These outcomes ensure that State Z will not derive any benefit from the draft Convention even though State Z is a member of the common court.

<sup>101</sup> As common courts are an evolving concept, it cannot be completely ruled out that in the future there might be cases in which these courts function as common courts. The *co-Rapporteurs* invite examples on this point.

<sup>102</sup> See also Hartley/Dogauchi Report, para. 17: “It follows from this that a choice of court agreement designating ‘the courts of the European Community’ or referring specifically to ‘the Court of Justice of the European Communities (Court of First Instance)’ would be covered by the Convention.”

<sup>103</sup> The *co-Rapporteurs* note that sub-para. (k) is also based on consent but is however not included in Art. 5(1)(a). It is true that it refers to the “State of origin” but when the common courts have jurisdiction on trusts matters, the clause will usually refer to those common courts and letter (k) should be interpreted accordingly.

131 **Droits de propriété intellectuelle.** L'application du paragraphe 5 aux critères de compétence énoncés aux articles 5(3) et 6(1) n'est pas aussi simple. Premièrement, il faut déterminer si le tribunal commun a compétence sur les droits de propriété intellectuelle nationaux ou sur les droits de propriété intellectuelle unitaires. Si le tribunal commun a compétence sur les droits de propriété intellectuelle nationaux, c'est-à-dire les droits délivrés, octroyés ou enregistrés pour chaque État membre, les conditions de l'article 4(5)(b) peuvent être remplies si le droit de propriété intellectuelle a été délivré pour le territoire d'un État qui est Partie au projet de Convention.

132 La question est plus complexe dans le cas de droits de propriété intellectuelle unitaires, c'est-à-dire lorsque le droit de propriété intellectuelle est délivré, octroyé ou enregistré pour l'ensemble du territoire des États pour le compte desquels ce tribunal commun exerce sa compétence. Concernant les jugements portant sur [l'enregistrement ou] la validité, tous ces États doivent être Parties au projet de Convention pour remplir les conditions énoncées à l'article 4(5)(b). En revanche, en ce qui concerne les jugements portant sur la contrefaçon, deux interprétations du projet de Convention sont possibles.

133 Une première interprétation est que le parallélisme entre [l'enregistrement ou] la validité et la contrefaçon implique qu'un droit de propriété intellectuelle unitaire est contrefait, non pas dans un État membre particulier, mais dans tous les États membres pour le compte desquels le tribunal commun exerce sa compétence, c'est-à-dire que toute contrefaçon de ce droit de propriété intellectuelle unitaire se produit dans tous les États. Dans ce cas, tous doivent être Parties au projet de Convention pour remplir la condition énoncée à l'article 4(5).

134 **Exemple.** S'il existe un tribunal commun aux États X, Y et Z, qui a compétence sur les droits de propriété intellectuelle unitaires délivrés ou accordés pour l'ensemble du territoire de ces trois États, les jugements portant sur la contrefaçon de ces droits rendus par ce tribunal commun ne rempliront les conditions énoncées à l'article 4(5)(b) que si ces trois États sont Parties au projet de Convention (et ont évidemment fait la déclaration correspondante).

135 La seconde interprétation possible est que les jugements portant sur [l'enregistrement ou] la validité et les jugements portant sur la contrefaçon doivent être traités différemment. Selon cette interprétation, les jugements portant sur la contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle unitaire rempliraient la condition énoncée à l'article 4(5)(b) s'il est possible de localiser la contrefaçon sur le territoire d'un État membre du tribunal commun. Si cet État membre a ratifié le projet de Convention et fait la déclaration correspondante, la condition énoncée à l'article 4(5)(b) sera satisfaite, que les autres États membres aient ou non ratifié le projet de Convention.

136 **Exemple.** Supposons que les États X, Y et Z aient établi un tribunal commun qui a compétence sur les droits de propriété intellectuelle unitaires délivrés ou accordés pour l'ensemble de leur trois territoires. Seuls les États X et Y sont Parties au projet de Convention. Dans ce cas, les jugements portant sur la validité de ces droits de propriété intellectuelle ne circuleraient pas en vertu du projet de Convention. Inversement, les jugements portant sur la contrefaçon de ces droits circuleraient et rempliraient la condition énoncée à l'article 4(5)(b) si la contrefaçon s'est produite sur le territoire de l'État X ou Y, mais pas si elle s'est produite sur le territoire de l'État Z.

137 **Fonctions de juridiction d'appel.** En principe, si les tribunaux communs n'exercent que des fonctions de juridiction d'appel, le paragraphe 5 devrait s'appliquer sur la base de l'État contractant dans lequel la procédure en première instance a été introduite. Ainsi, si le tribunal de première instance où l'instance a été introduite était un tribunal d'un État contractant ayant fait la déclaration en vertu de l'article 4(5), les jugements rendus en appel par ce tribunal commun pourraient prétendre à la reconnaissance et à l'exécution en vertu du projet de Convention si l'une des deux conditions énoncées dans cette disposition est remplie<sup>104</sup>.

138 **Tribunaux communs en tant que tribunaux requis.** Les États contractants sont tenus de reconnaître et d'exécuter les jugements conformément au projet de Convention. Cette obligation n'est pas affectée lorsque la question de la reconnaissance se pose au cours d'une procédure devant un tribunal commun exerçant des fonctions judiciaires pour le compte d'un État contractant<sup>105</sup>. Il en va de même en ce qui concerne l'exécution, même si les questions d'exécution sont rarement appelées à se poser devant un tribunal commun<sup>106</sup>. Par conséquent, les tribunaux communs doivent mettre en œuvre le projet de Convention et reconnaître et exécuter les jugements conformément à ses dispositions. Cette obligation reste vraie que les États contractants pour le compte desquels les tribunaux communs exercent leur compétence aient fait ou n'aient pas fait la déclaration envisagée à l'article 4(5). L'obligation de reconnaissance ou d'exécution des jugements étrangers rendus par des tribunaux communs peut toutefois poser des difficultés lorsque les membres d'un tribunal commun ne sont pas tous des États contractants au projet de Convention. Ce possible conflit entre le projet de Convention et l'instrument qui établit les tribunaux communs doit être résolu conformément au droit général des traités.

#### *Deuxième option : Paragraphes 5 et 6*

139 **Introduction.** La formulation alternative de cette disposition conserve le texte du paragraphe 5 tout en ajoutant un paragraphe 6. Le paragraphe 6 reflète les préoccupations de certains États concernant l'obligation d'appliquer le projet de Convention aux jugements rendus par des tribunaux communs sur la seule base d'une déclaration de l'État d'origine. Le texte envisage deux approches, la première basée sur un système de refus (*opting out*) et la seconde sur un système d'acceptation (*opting in*).

140 **Système de refus (*opting out* ou déclaration négative).** Dans le système de refus, si l'État d'origine du jugement a fait une déclaration pour inclure les jugements rendus par des tribunaux communs dans le champ d'application du projet de Convention, tout autre État contractant peut déclarer qu'il ne reconnaîtra pas ou n'exécutera pas ces jugements pour les matières couvertes par cette déclara-

<sup>104</sup> Les co-Rapporteurs invitent à réfléchir à la question suivante : le texte du projet de Convention ne prévoit pas de règle différente pour les tribunaux qui exercent exclusivement des fonctions de juridiction d'appel. En conséquence, l'une des deux conditions de l'article 4(5) doit être remplie pour que ces jugements circulent, même si ces limites de compétence ne se justifient pas lorsque le jugement de première instance émane d'un État contractant qui a fait une déclaration relative au tribunal d'appel commun.

<sup>105</sup> Voir aussi Doc. trav. No 254, « Groupe de travail 5 sur les tribunaux communs – Rapport final » (en anglais uniquement) (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 24 au 29 mai 2018)), para. 13 et 14.

<sup>106</sup> En particulier, les mesures d'exécution sont en général strictement territoriales et ont toutes chances de rester soumises à la compétence exclusive des différents États.



131 **Intellectual property rights.** The application of paragraph 5 to the jurisdictional filters laid down by Articles 5(3) and 6(1) is not as straightforward. First, it depends on whether the common court has jurisdiction over national and/or unitary intellectual property rights. If the common court has jurisdiction over national intellectual property rights, *i.e.*, rights granted or registered for each member State, then the Article 4(5)(b) conditions may be met if the intellectual property right was granted for the territory of a State that is party to the draft Convention.

132 In the case of unitary intellectual property rights, *i.e.*, when the intellectual property right is granted or registered for the entire territory of the States on behalf of which that common court exercises jurisdiction, the question is more complex. As regards judgments on [registration or] validity, all of those States must be a party to the draft Convention to meet the conditions laid down by Article 4(5)(b). But in relation to judgments on infringement, the draft Convention may be interpreted in two different ways.

133 First, one interpretation is that the parallelism between [registration or] validity and infringement entails that a unitary intellectual property right is infringed not in a particular member State but in all member States on behalf of which the common court exercises jurisdiction, *i.e.*, any infringement of that unitary intellectual property right occurs in all of them. In such a case, all those States must be party to the draft Convention to meet the condition laid down by Article 4(5).

134 **Example.** If there is a court common to States X, Y and Z, which has jurisdiction over unitary intellectual property rights granted for the entire territory of these three States, judgments on infringement of such rights given by the common court will only meet the requirements set out by Article 4(5)(b) if those three States are parties to the draft Convention (and obviously made the corresponding declaration).

135 Alternatively, it may be that judgments on [registration or] validity and judgments on infringement should be treated differently. Under this second interpretation, judgments on infringement of a unitary intellectual property right would meet the condition set out in Article 4(5)(b) if the infringement may be located in the territory of a particular member State(s) on behalf of which the common court exercises jurisdiction. If that member State has ratified the draft Convention and made the corresponding declaration, the condition laid down by Article 4(5)(b) would be satisfied, irrespective of whether the other member States have not.

136 **Example.** Suppose that there is a court common to States X, Y and Z, which has jurisdiction over unitary intellectual property rights granted for the entire territory of those three States. Only States X and Y are parties to the draft Convention. In this case, judgments on validity of those intellectual property rights would not circulate under the draft Convention. Conversely, judgments on infringement of such rights would circulate and meet the condition laid down by Article 4(5)(b) if the infringement occurred in the territory of State X or Y, but not if it occurred in the territory of State Z.

137 **Appellate functions.** As a matter of principle, if the common courts only have appellate functions, paragraph 5 should apply based on the Contracting State where the proceedings at first instance were instituted. Thus, if the first instance court where the proceedings were instituted was a court of a Contracting State that had made the declaration under Article 4(5), appeal judgments from that common court would be entitled to recognition and enforcement under the draft Convention if either of the two conditions set out by this provision are met.<sup>104</sup>

138 **Common courts as requested courts.** Contracting States are obliged to recognise and enforce judgments in accordance with the draft Convention. This obligation is not affected when the question of recognition arises in proceedings before a common court performing judicial functions on behalf of a Contracting State.<sup>105</sup> The same is true for enforcement, though it will be rare for questions of enforcement to arise before a common court.<sup>106</sup> Therefore, common courts must implement the draft Convention and recognise and enforce judgments in accordance with its provisions. This obligation exists irrespective of whether the Contracting States on behalf of which the common courts exercise jurisdiction have made the declaration envisaged by Article 4(5). The obligation to recognise or enforce foreign judgments by common courts may however give rise to some difficulties when not all members of a common court are Contracting States to the draft Convention. Such possible conflicts between the draft Convention and the instrument establishing the common courts should be solved under the general Law of Treaties.

#### *Second alternative: Paragraphs 5 and 6*

139 **Introduction.** The alternative formulation of this provision maintains paragraph 5 in the same terms but includes an additional paragraph 6. Paragraph 6 reflects some States' concerns about being obliged to apply the draft Convention to judgments given by common courts based only on a declaration of the State of origin. The text envisages two possible approaches, the first one based on an opting-out system and the second on an opting-in system.

140 **Opting-out system (negative declaration).** Under the opting-out system, if the State of origin of the judgment has made a declaration to include judgments given by common courts within the scope of the draft Convention, any other Contracting State may declare that it shall not recognise or enforce such judgments in respect of any of the matters

<sup>104</sup> The *co-Rapporteurs* invite consideration of the following issue: the text of the draft Convention does not provide a different rule for courts that exercise exclusively appellate functions. As a result, one of the two conditions in Art. 4(5) must be met for such judgments to circulate even though the rationale for these jurisdictional limitations is not present where the first-instance judgment comes from a Contracting State that has made a declaration regarding the common appellate court.

<sup>105</sup> See also Work. Doc. No 254, "Working Group 5 on Common Courts – Final Report" (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (24-29 May 2018)), paras 13-14.

<sup>106</sup> In particular, execution measures are usually strictly territorial and most likely to remain within the exclusive jurisdiction of individual States.

tion. Le refus peut être total ou restreint à certaines matières<sup>107</sup>.

141 Le principe de réciprocité implique que si un État contractant choisit le refus, l'État ou les États du tribunal commun peuvent refuser de reconnaître et d'exécuter des jugements rendus par les tribunaux de l'État qui a opté pour le refus pour les matières qui relèvent du champ d'application de la déclaration de cet État. Imaginons par exemple qu'il existe un tribunal commun aux États X et Y pour les questions de droits de propriété intellectuelle enregistrés. Ces deux États ont ratifié le projet de Convention et fait la déclaration envisagée à l'article 4(5). L'État Z a fait la déclaration négative envisagée à l'article 4(6). En vertu du principe de réciprocité, les États X et Y peuvent refuser de reconnaître et d'exécuter les jugements rendus par des tribunaux de l'État Z qui portent sur des droits de propriété intellectuelle enregistrés.

**142 Système d'acceptation (*opting in* ou déclaration positive).** Le système d'acceptation repose sur des déclarations réciproques. La déclaration d'un État tendant à inclure les jugements rendus par ses tribunaux communs dans le champ d'application du projet de Convention n'aura d'effet qu'entre cet État et les États qui l'ont expressément acceptée. Les déclarations positives doivent être déposées au ministère des Affaires étrangères des Pays-Bas, qui transmettra, par les circuits diplomatiques, une copie certifiée à chacun des États contractants<sup>108</sup>.]

#### Article 5 – Fondements de la reconnaissance et de l'exécution

**143 Introduction.** L'article 5 est une disposition centrale du projet de Convention. Il définit les critères de compétence reconnus comme étant légitimes aux fins de la reconnaissance et de l'exécution des jugements rendus dans les États, conformément aux dispositions de l'article 4. Outre les trois critères de compétence exclusive visés à l'article 6, les fondements prévus à l'article 5 forment la liste exhaustive des critères de compétence qui déclenchent l'application du principe de reconnaissance mutuelle consacré par le projet de Convention. Les États peuvent tout de même reconnaître des jugements étrangers sur la base d'autres critères de compétence en vertu du droit interne, conformément à l'article 16, mais seuls les critères énoncés aux articles 5 et 6 engendrent des obligations en vertu du projet de Convention. À ce titre, l'article 5 définit le périmètre des jugements « susceptibles d'être reconnus et exécutés », c'est-à-dire des jugements qui circulent en vertu du projet de Convention.

**144 Distinction entre compétence directe et compétence indirecte.** Les fondements énumérés à l'article 5 ne sont que des critères de compétence *indirecte*. Ils ne concernent pas le fondement de la compétence du tribunal de l'État d'origine – les critères de compétence *directe*<sup>109</sup>. La compétence directe demeure déterminée par le droit interne et elle est sans incidence aux fins du projet de Convention. Les critères énoncés à l'article 5 sont ceux que le tribunal d'un État requis acceptera comme des fondements légitimes aux fins de la reconnaissance ou de l'exécution. Ceux-ci sont

*indirects* au sens où le tribunal de l'État requis les prend en compte pour apprécier les liens avec l'État d'origine. Lorsqu'il examine si un jugement étranger répond aux critères de compétence de l'article 5 ou de l'article 6, l'État requis n'apprécie pas l'application faite par l'État d'origine de ses propres règles de compétence. Bien que le projet de Convention n'ait pas pour objet d'affecter les dispositions nationales en matière de compétence dans les affaires internationales, les jugements des États dont les règles de compétence directe sont similaires aux règles de compétence indirecte énoncées aux articles 5 et 6 auront plus de chances de circuler en vertu du projet de Convention.

145 L'article 5 est structuré en trois paragraphes. Le premier énumère les liens avec l'État qui a rendu le jugement qui répondent aux critères de compétence aux fins de la reconnaissance ou de l'exécution dans l'État requis. Le second règle la question des jugements rendus contre des consommateurs ou des salariés et modifie ou exclut l'application de certains liens énumérés au premier paragraphe. Le troisième établit les critères de compétence applicables en matière de propriété intellectuelle. Il exclut l'application de tous les facteurs de rattachement énoncés au premier paragraphe.

#### Paragraphe premier

146 Ce paragraphe prévoit treize critères de compétence, qui relèvent des trois catégories traditionnelles de compétence : compétence fondée sur les liens avec le défendeur, compétence fondée sur le consentement et compétence fondée sur les liens entre la demande et l'État d'origine. De nombreux critères de compétence énumérés au paragraphe premier sont prévus dans les droits internes, mais ils peuvent être formulés de manière plus précise ou plus étroite dans le projet de Convention. Il n'y a pas de hiérarchie au paragraphe premier, ni de critère de compétence plus légitime qu'un autre aux fins de la reconnaissance ou de l'exécution en vertu du projet de Convention. En outre, comme le paragraphe premier l'indique expressément, il suffit qu'un seul critère de compétence soit satisfait.

#### Alinéa (a)

**147 Introduction.** Cet alinéa est une règle générale fondée sur l'idée du for « naturel » ou « de l'État d'origine ». Vivre, autrement dit résider habituellement dans l'État d'origine est un fondement raisonnable de la compétence. Ce principe vaut indépendamment de la position de la personne dans la procédure. Cet alinéa ne se limite donc pas au défendeur et comprend toute autre personne, physique ou morale, contre laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée. La reconnaissance ou l'exécution peut être accordée contre le défendeur, contre le demandeur ou contre un tiers qui avait sa résidence habituelle dans l'État d'origine à la date à laquelle il est devenu partie à l'instance.

148 L'alinéa (a) est le seul alinéa de l'article 5 qui concerne la compétence exclusivement fondée sur des liens avec la personne contre laquelle la reconnaissance est demandée. Tous les autres facteurs de rattachement prévus au paragraphe premier ont trait soit au consentement, soit au litige à l'origine du jugement.

**149 « Personne contre laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée ».** Étant donné que le projet de Convention ne s'intéresse qu'aux critères de compétence indirecte, il s'attache aux liens entre l'État d'origine et la personne contre laquelle le jugement a été rendu. Comme il est possible que cette personne n'ait pas été le défendeur dans le tribunal d'origine, il serait trop restrictif de limiter

<sup>107</sup> Les co-Rapporteurs invitent à réfléchir à la question suivante : le texte n'indique pas clairement si un État contractant peut faire une déclaration pour exclure seulement la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus par un tribunal exerçant exclusivement les fonctions d'une juridiction d'appel lorsque le jugement de première instance rendu par un tribunal d'un État contractant est susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu du projet de Convention.

<sup>108</sup> Les co-Rapporteurs invitent à réfléchir sur le point suivant : la procédure de déclaration est indiquée aux art. 30 et 32. Si cette variante est adoptée dans la Convention finale, ce texte en double pourrait être supprimé.

<sup>109</sup> Cette terminologie n'est employée que dans certains systèmes juridiques.

covered by that declaration. The opting-out may be comprehensive or focused on specific matters.<sup>107</sup>

141 The principle of reciprocity entails that if a Contracting State opts-out, the State(s) of the relevant common court may refuse recognition and enforcement of judgments given by the courts of the State which opted-out on matters that fall within the scope of that State's declaration. For example, imagine there is a court common to States X and Y in respect of registered intellectual property right matters. Both States have ratified the draft Convention and made the declaration envisaged by Article 4(5). State Z, in turn, has made the negative declaration envisaged by Article 4(6). Under the reciprocity principle, States X and Y may refuse recognition and enforcement of judgments given by the courts of State Z on registered intellectual property rights.

142 **Opting-in system (positive declaration).** The opting-in system is based on reciprocal declarations. A State's declaration to include judgments given by its common courts within the scope of the draft Convention will only have effect between that State and other States that have expressly accepted that declaration. Positive declarations must be deposited at the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands, which will forward a certified copy to each of the Contracting States through diplomatic channels.<sup>108]</sup>

#### *Article 5 – Bases for recognition and enforcement*

143 **Introduction.** Article 5 is a central provision of the draft Convention. It defines the jurisdictional bases that are recognised as legitimate for the purposes of recognition and enforcement of judgments from States, as provided for in Article 4. In addition to the three exclusive grounds of jurisdiction in Article 6, the grounds in Article 5 provide an exhaustive list of jurisdictional bases that trigger the mutual recognition principle embodied in the draft Convention. States can still recognise foreign judgments on the basis of other jurisdictional grounds under national law, as per Article 16, but only those grounds listed in Articles 5 and 6 create obligations under the draft Convention. As such, Article 5 defines the perimeter of “eligible judgments”, *i.e.*, judgments that circulate under the draft Convention.

144 **Direct versus indirect jurisdiction.** The grounds listed in Article 5 are only *indirect* jurisdictional bases. They do not concern the basis for the jurisdiction of the court of the State of origin – the *direct* jurisdictional bases.<sup>109</sup> Direct jurisdiction remains to be determined by national law and is irrelevant for the purposes of the draft Convention. The grounds listed in Article 5 are those that a court of a requested State will accept as legitimate grounds for the purpose of recognition or enforcement. They are

<sup>107</sup> The *co-Rapporteurs* invite consideration of the following issue: it is not clear from the text whether a Contracting State may make a declaration to only exclude the recognition and enforcement of judgments given by a court with a purely appellate function, in circumstances where the first instance judgment from a court of a Contracting State qualifies for recognition and enforcement under the draft Convention.

<sup>108</sup> The *co-Rapporteurs* invite consideration of the following point: procedural requirements for making declarations are mentioned in Arts 30 and 32. If this variant is adopted in the final Convention, this duplicative text could be removed.

<sup>109</sup> This terminology is used only in some legal systems.

*indirect* in the sense that they are considered by the court of the requested State in its assessment of connections with the State of origin. In considering whether a foreign judgment meets the threshold jurisdictional conditions of Article 5 or 6, the requested State does not evaluate the State of origin's application of that State's own jurisdictional rules. While the draft Convention does not purport to affect existing national laws on jurisdiction in international cases, judgments from States with direct jurisdictional rules similar to the indirect jurisdictional rules in Articles 5 and 6 will be more likely to circulate under the draft Convention.

145 Article 5 is divided into three paragraphs. The first paragraph lists the connections with the rendering State that meet the jurisdictional requirement for recognition or enforcement in the requested State. The second paragraph deals with judgments rendered against consumers or employees and modifies or excludes the application of certain connections listed in the first paragraph. The third paragraph establishes the jurisdictional grounds applicable in intellectual property matters and excludes the application of all connections listed in the first paragraph.

#### *Paragraph 1*

146 This paragraph contains thirteen jurisdictional grounds belonging to three traditional jurisdictional categories: jurisdiction based on connections with the defendant, jurisdiction based on consent, and jurisdiction based on connections between the claim and the State of origin. Many of the grounds listed in paragraph 1 are found in national laws, but may be formulated more precisely or narrowly in the draft Convention. There is no hierarchy present in paragraph 1 and no ground is more legitimate than another for the purpose of recognition or enforcement under the draft Convention. Moreover, as expressly stated in paragraph 1, satisfaction of a single jurisdictional ground is sufficient.

#### *Sub-paragraph (a)*

147 **Introduction.** This sub-paragraph is a general rule based on the idea of the “natural” or “home State” forum. Living, *i.e.*, being habitually resident, in the State of origin is a reasonable basis for jurisdiction. This principle holds irrespective of the procedural position of that person. Thus, this sub-paragraph is not limited to the defendant but includes any other person, natural or legal, against whom recognition or enforcement is sought. Recognition or enforcement may be granted against the defendant, the claimant or a third party that was habitually resident in the State of origin at the time that that person became a party to the proceedings.

148 Sub-paragraph (a) is the only one in Article 5 that concerns jurisdiction based solely on links with the person against whom recognition is sought. All of the other connecting factors in paragraph 1 relate either to consent or to connections related to the dispute giving rise to the judgment.

149 **“Person against whom recognition or enforcement is sought”.** The draft Convention deals only with bases for indirect jurisdiction, focusing on the relationship between the State of origin and the person against whom the judgment was rendered. Because the person may not have been the defendant in the court of origin, it would be too narrow

l'alinéa (a) à cette seule partie. Il se peut que le demandeur n'ait pas eu gain de cause et que le défendeur demande la reconnaissance et l'exécution contre cette personne dans l'État requis. Pour couvrir cette éventualité, les alinéas (a), (b) et (c) emploient l'expression « personne contre laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée ». Tout au long du paragraphe premier, les expressions « personne contre laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée » ou « défendeur » sont employées selon que le fondement de la compétence pourrait s'appliquer à une autre personne que le défendeur ou non. Lorsque cette question ne se pose pas, le terme « défendeur » est suffisant. Bien que ce choix puisse créer des chevauchements entre les alinéas (a) et (c), il couvre des situations qui n'auraient pas été couvertes par l'alinéa (c).

**150 La « résidence habituelle » comme facteur de rattachement.** Le projet de Convention emploie la résidence habituelle comme facteur de rattachement par opposition à d'autres critères prévus en droit interne ou dans des instruments de loi uniforme, tels le domicile ou la nationalité. Ce choix est conforme aux instruments de La Haye modernes, dans lesquels la notion de résidence habituelle a été préférée. L'avantage de la résidence habituelle est que c'est un facteur de rattachement plus factuel que le domicile ou la nationalité, qu'elle exprime un lien étroit entre une personne et son environnement socioéconomique et qu'elle est moins sujette à des appréciations contradictoires des tribunaux. Il faut admettre que l'absence de définition, dans le projet de Convention, de la résidence habituelle des personnes physiques peut donner lieu à des interprétations nationales divergentes, mais l'article 21 devrait y faire obstacle<sup>110</sup>. En ce qui concerne une personne ou une entité autre qu'une personne physique, il convient de rappeler que la définition de la résidence habituelle de l'article 3(2) comprend quatre options. De ce fait, en vertu de l'alinéa (a), l'État requis peut considérer que l'État d'origine était compétent si un seul des quatre facteurs de rattachement énoncés à l'article 3(2) est satisfait.

**151 « Lorsqu'elle » est devenue partie à la procédure devant le tribunal d'origine.** Le lieu de la résidence habituelle d'une personne peut changer, éventuellement au cours du procès avant le prononcé du jugement ou même après le prononcé du jugement mais avant que la reconnaissance ou l'exécution soit demandée. Aux fins de l'alinéa (a), la résidence habituelle doit être appréciée au moment où la personne contre laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée est devenue partie à la procédure dans l'État d'origine<sup>111</sup>. Il n'est pas nécessaire que cette personne ait encore sa résidence habituelle dans l'État d'origine au moment où l'État requis apprécie le lien, pour autant que celui-ci soit établi au moment où la personne est devenue partie à l'instance.

**152 Subrogation, cession ou succession.** Le texte de l'alinéa (a) suppose que la personne contre laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée est celle qui était partie à l'instance dans l'État d'origine. Cependant, cette disposition n'empêche pas de demander la reconnaissance ou l'exécution contre une autre personne, sous réserve que la personne contre laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée ait « repris » les obligations de la per-

sonne qui était partie à l'instance dans l'État d'origine. Les obligations peuvent être reprises par transfert, par succession ou par un autre moyen équivalent. Ce serait le cas, par exemple, lorsque la partie à l'instance dans l'État d'origine est décédée et que ses héritiers ont repris ses obligations avant que la reconnaissance ou l'exécution soit demandée ou lorsque la partie à l'instance dans l'État d'origine était une société qui a été absorbée par une autre société avant que la reconnaissance ou l'exécution soit demandée. Dans ces hypothèses, la reconnaissance ou l'exécution peut être accordée contre une autre personne que celle qui était partie à l'instance dans l'État d'origine, *pour autant que la première ait valablement succédé à la seconde dans ses obligations*. La question de la « validité de la succession » est régie par le droit de l'État requis, y compris ses règles de droit international privé.

**153 Exemple 1.** A introduit une demande contre B dans l'État X, où B a sa résidence habituelle. Un jugement est rendu contre B. Cependant, au cours de la procédure dans l'État d'origine ou après le prononcé du jugement mais avant que sa reconnaissance et son exécution soient demandées, B décède et ses obligations sont transférées à son héritière. Dans ce cas, le jugement est susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu de l'alinéa (a) parce que B avait sa résidence habituelle dans l'État d'origine et que la personne contre laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée lui a valablement succédé. Naturellement, la résidence habituelle de l'héritière n'entre pas en considération dans cette affaire.

**154 Exemple 2.** La société A introduit une action contre la société B dans l'État X, où cette dernière a son siège statutaire. Au cours de la procédure, la société B est absorbée par la société C (l'acquéreur) et lui transfère de ce fait l'ensemble de ses actifs et de ses passifs. Dans ce cas, le jugement est rendu contre une personne (la société C) qui n'est pas le défendeur défini à l'article 3(1)(a). De même, la fusion peut intervenir après le prononcé du jugement dans l'État d'origine, mais avant que sa reconnaissance et son exécution soient demandées dans l'État requis. Dans ce second cas également, la personne contre laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée (la société C) n'est pas celle contre laquelle la procédure a été introduite dans l'État d'origine (la société B). Dans les deux cas toutefois, le jugement est susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu de l'alinéa (a) parce que la défenderesse avait sa résidence habituelle dans l'État d'origine et que la personne contre laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée lui a valablement succédé.

#### *Alinéa (b)*

**155 Introduction.** Cet alinéa vise les personnes physiques exerçant une activité commerciale ou professionnelle ; il repose sur le même principe que l'alinéa (a). Les personnes physiques peuvent exercer des activités professionnelles par le biais d'établissements situés dans d'autres États que celui de leur résidence habituelle. Cette situation peut en particulier se produire dans les villes frontalières, mais avec les facilités de déplacement personnel, elle peut aussi se produire dans d'autres contextes. Le projet de Convention dispose que le fait que cette personne physique ait son principal établissement dans l'État d'origine est un facteur de rattachement avec cet État suffisant pour la reconnaissance et l'exécution, mais seulement lorsque la demande découlait de son activité professionnelle.

**156 Raisonnement.** Les personnes physiques qui exercent des activités professionnelles sont comparables aux personnes morales du point de vue des facteurs de rattachement.

<sup>110</sup> Celui-ci exige qu'aux fins de l'interprétation du projet de Convention, il soit « tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ».

<sup>111</sup> Comme il est expliqué, cette personne peut être le plaignant qui introduit une instance contre un défendeur unique, mais cette « personne » pourrait être également une personne ajoutée, conformément aux règles de procédure de l'État d'origine, après l'ouverture de l'instance, comme un plaignant additionnel ou un défendeur ajouté par un mécanisme de jonction forcée ou volontaire, un intervenant, un tiers, etc. Il est donc plus précis de se référer au moment où la personne est devenue partie à l'instance qu'au moment de l'introduction de l'instance.

to limit sub-paragraph (a) to that one party. It may be that the claimant lost the case and the defendant seeks recognition and enforcement against that person in the requested State. To capture this, sub-paragraphs (a), (b) and (c) use the expression “person against whom recognition or enforcement is sought”. Throughout paragraph 1, the terms “person against whom recognition and enforcement is sought” and “defendant” are used, depending on whether the basis for jurisdiction could apply to anyone other than a defendant. When that issue does not arise, “defendant” suffices. While this causes some possible overlap between sub-paragraphs (a) and (c), it captures some situations that would not be caught by sub-paragraph (c).

**150 “Habitual residence” as a connecting factor.** The draft Convention uses “habitual residence” as a connecting factor, as opposed to other options found in national law or uniform law instruments, such as domicile or nationality. This is consistent with modern Hague instruments that have preferred habitual residence. The advantage of habitual residence is that it is a more fact-based connecting factor than either domicile or nationality, expresses a close connection between a person and his or her socio-economic environment, and is less likely to give rise to conflicting assessments by courts. Admittedly, the absence of a definition of habitual residence for natural persons in the draft Convention may give rise to divergent national interpretations, although this should be discouraged by Article 21.<sup>110</sup> With regard to a person or entity other than a natural person, it should be recalled that the definition of habitual residence in Article 3(2) includes four alternatives. As a result, under sub-paragraph (a), the requested State may consider that the State of origin had jurisdiction if any one of the four potential connecting factors listed in Article 3(2) is satisfied.

**151 “At the time” of the proceedings in the court of origin.** The location of a person’s habitual residence may change over time, possibly over the course of litigation before the judgment is eventually rendered or even after the judgment was rendered but before recognition or enforcement is sought. For the purposes of sub-paragraph (a), habitual residence is to be assessed at the time the person against whom recognition or enforcement is sought became a party to the proceedings in the court of origin.<sup>111</sup> It is not necessary that this person still be habitually resident in the State of origin at the moment that the requested State is assessing the connection, so long as the connection at the time the person became a party is established.

**152 Subrogation, assignment or succession.** The wording of sub-paragraph (a) assumes that the person against whom recognition or enforcement is sought is the same as the person who was a party to the proceedings in the State of origin. But this provision does not prevent seeking recognition or enforcement against a person other than the person who was a party to the proceedings in the State of origin, provided the person against whom recognition or enforcement is sought has “assumed” the obligations of the

<sup>110</sup> Requiring that in interpreting the draft Convention, “regard shall be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application.”

<sup>111</sup> As explained, this person may be the plaintiff initiating the proceedings against a single defendant, but this “person” could also be a person added, in accordance with the procedural rules of the State of origin, subsequent to the initiation of proceedings, such as an additional plaintiff or defendant added through a forced or voluntary joinder mechanism, an intervenor, a third-party, etc. It is therefore more precise to refer to the time a person became a party to the proceedings rather than to the time the proceedings were originally instituted.

person who was party to the proceedings in the State of origin. Obligations could be assumed by transfer, succession or any other equivalent means. This would be the case, for example, if the party to the proceedings in the State of origin has died and, before recognition or enforcement is sought, the heirs have assumed his or her obligations; or if the party to the proceedings in the State of origin was a company that, before recognition or enforcement is sought, has merged with another company (which has absorbed it). In these situations, recognition or enforcement may be granted against a person different from that who was a party to the proceedings in the State of origin, *insofar as the former has validly succeeded to the obligations of the latter*. Whether there has been a “valid succession” is governed by the law of the requested State, including its private international law rules.

**153 Example 1.** A brings a claim against B in State X, where B is habitually resident. A judgment is rendered against B. However, during the proceedings in the State of origin or after the judgment is given but before recognition and enforcement is sought, B dies and her obligations are transferred to her heir. In this case, the judgment is eligible for recognition and enforcement under sub-paragraph (a) since B had her habitual residence in the State of origin and the person against whom recognition or enforcement is sought has validly succeeded to the obligations of B. Naturally, the habitual residence of the heir is irrelevant in this case.

**154 Example 2.** Company A brings a claim against Company B in State X, where B has its statutory seat. In the course of the proceedings, Company B merges with Company C (the acquiring company) and, as a consequence, the former transfers all its assets and liabilities to the latter. In this case, the judgment is given against a person (Company C) different from the defendant as defined in Article 3(1)(a). Likewise, the merger may take place after the judgment was given in the State of origin but before its recognition and enforcement is sought in the requested State. In this second case, the person against whom recognition or enforcement is sought (Company C) is also different from the person against whom the proceedings were instituted in the State of origin (Company B). In both cases, the judgment is, however, eligible for recognition and enforcement under sub-paragraph (a) since the defendant had its habitual residence in the State of origin and the person against whom recognition or enforcement is sought has validly succeeded to such defendant.

*Sub-paragraph (b)*

**155 Introduction.** This sub-paragraph is targeted at natural persons engaged in business or in the exercise of a profession and is based on the same principle as sub-paragraph (a). Natural persons may carry on business or professional activities through establishments located in States other than the State of their habitual residence. This is particularly likely in border towns but with the ease of personal travel, it may also occur beyond this context. The draft Convention provides that there will be sufficient connection with a State of origin for the purposes of recognition and enforcement if a natural person’s principal place of business is in that State, but only where the claim arose from the activities of that business.

**156 Rationale.** Natural persons carrying on business activities are analogous to legal persons with respect to jurisdiction.

ment. Une entreprise qui est une personne morale sera considérée comme résidant habituellement, entre autres, au lieu de son principal établissement en vertu de l'article 3(2). Mais si l'entreprise n'est pas une personne morale distincte de la personne physique qui fournit les biens ou les services, il n'y a pas de rattachement avec l'État du principal établissement en vertu de l'alinéa (a), bien que les deux situations soient analogues hormis pour le statut juridique de l'entreprise. L'alinéa (b) reconnaît que le lieu du principal établissement d'une personne physique est un lien légitime avec une demande présentée contre cette personne qui découle de son activité professionnelle. Permettre que les demandes soient tranchées dans l'État du principal établissement est conforme aux attentes légitimes des parties.

**157 Conditions.** L'alinéa (b) prévoit deux autres conditions. Premièrement, la demande dont résulte le jugement doit avoir porté sur l'activité professionnelle de la personne physique. C'est une compétence plus limitée que la compétence générale en vertu de l'alinéa (a). La formulation de l'alinéa (b) indique que la demande doit porter sur l'« activité professionnelle », mais elle n'exige pas de lien spécifique entre l'activité en question et le principal établissement. Le fait même que l'alinéa (b) vise le « principal » établissement implique qu'une personne physique peut exercer une activité professionnelle en plusieurs lieux, mais que l'un d'entre eux seulement constituera le « principal » établissement. Bien entendu, ces distinctions seront probablement plus présentes dans les situations en face-à-face que dans les situations en ligne.

**158 Exemple.** A est comptable et réside habituellement dans l'État X, dans une ville à la frontière des États Y et Z. Son bureau principal est situé dans une ville de l'État Y, où elle exerce la majeure partie de son activité et où elle travaille régulièrement. Cependant, elle se rend aussi une fois par semaine dans l'État Z pour y fournir ses services à une clientèle plus restreinte. Le prix du papier pour photocopie étant plus bas dans l'État Z, elle y achète son stock hebdomadaire de papier pour ses deux bureaux le vendredi, lorsqu'elle est dans l'État Z, auprès d'ABC Paper Inc. Si un litige survenait concernant cette fourniture de papier, un jugement rendu contre A par un tribunal d'origine de l'État Y satisfierait à l'alinéa (b) parce que l'État Y est l'État du principal établissement de A même si la demande découle d'une transaction intervenue dans l'État Z, étant donné qu'elle porte sur l'« activité professionnelle » de la personne physique exerçant cette activité<sup>112</sup>. Inversement, lorsque la demande découle des activités personnelles ou familiales de A, l'alinéa (b) ne s'applique pas.

**159** La deuxième condition concerne le moment de la demande et le lieu du principal établissement. L'alinéa (b) exige que le principal établissement de la personne physique ait été situé dans l'État d'origine lorsque cette personne est devenue partie à l'instance introduite devant le tribunal d'origine. Cette exigence de contemporanéité est la même que celle qui est prévue à l'alinéa (a) pour la résidence habituelle.

#### *Alinéa (c)*

**160 Introduction.** L'introduction d'une demande civile ou commerciale devant un tribunal indique généralement l'acceptation de la compétence de ce tribunal, même s'il est possible que le demandeur n'ait que peu de choix voire aucun quant au lieu possible d'introduction de l'instance, lequel sera déterminé par les règles de compétence directe

<sup>112</sup> Les tribunaux de l'État Z seraient également considérés compétents en vertu du projet de Convention en tant que tribunaux de l'État où le contrat a été exécuté, en vertu du para. 5(1)(g) analysé plus loin.

de chaque État<sup>113</sup>. Ce raisonnement ne s'applique pas aux personnes autres que le demandeur, comme le défendeur, qui peuvent être confrontées à l'alternative de répondre à la procédure ou de risquer un jugement par défaut. L'alinéa (c) dispose que le seul fait, pour une personne, de saisir le tribunal d'origine rend tout jugement en résultant exécutoire contre cette personne.

**161 Exemple.** A, qui a sa résidence habituelle dans l'État X, se rend dans l'État Y pour y faire du camping pendant ses congés ; il rencontre B, qui réside habituellement dans l'État Z, sur le terrain de camping. Un dommage est causé au matériel de camping de A, que celui-ci estime dû à la négligence de B. A décide de poursuivre B devant les tribunaux de l'État Z afin de demander réparation pour la perte qui a été causée selon lui par la faute de B. B se défend et obtient gain de cause ; le tribunal déclare que B n'est pas responsable de la perte de A et condamne A aux dépens. Si A introduit une nouvelle instance pour négligence dans l'État Y, B pourrait demander la reconnaissance du jugement rendu dans l'État Z, en se référant à l'article 5(1)(c) pour satisfaire au critère de compétence. Étant donné que A a introduit l'instance dans l'État Z, le jugement rendu par le tribunal de cet État peut être reconnu contre A dans tout autre État. En outre, si B souhaite faire exécuter la condamnation de A aux dépens dans l'État X<sup>114</sup>, la compétence du tribunal d'origine, dans l'État Z, serait validée par référence à l'article 5(1)(c).

**162 Rapport avec les autres dispositions.** Si le demandeur avait sa résidence habituelle dans l'État d'origine lorsqu'il a saisi le tribunal, la compétence est également valable en vertu de l'alinéa (a). Autrement dit, l'alinéa (c) n'est nécessaire que lorsque le demandeur n'avait pas sa résidence habituelle dans l'État dont émane le jugement. Il faut en outre souligner que l'alinéa (c) ne s'applique pas aux demandes reconventionnelles, qui sont traitées à l'alinéa (1).

#### *Alinéa (d)*

**163 Introduction.** Cet alinéa prévoit un critère de compétence pour les établissements secondaires. Lorsqu'une demande porte sur l'activité d'une succursale d'une personne ayant sa résidence habituelle dans un autre État, le projet de Convention reconnaît la compétence des tribunaux de l'État dans lequel la succursale elle-même est située. Ce « for de la succursale » est reconnu dans plusieurs systèmes juridiques<sup>115</sup>. Le projet de Convention adopte une approche stricte en exigeant que le jugement contre le défendeur porte sur une demande découlant directement des activités de la succursale située dans l'État d'origine, et non des activités du défendeur en général.

**164 Raisonnement.** Une personne qui crée un établissement dans un autre État doit accepter la compétence des tribunaux de cet État sur les demandes portant sur les activités de cet établissement parce qu'elle contrôle l'établissement. Cette règle est conforme aux attentes légitimes des parties. En outre, puisque cette compétence se limite aux litiges découlant des activités de la succursale, elle est éga-

<sup>113</sup> Dans les affaires impliquant des critères de compétence exclusive, par ex., il est possible que le plaignant ne puisse introduire sa demande que dans un seul État.

<sup>114</sup> Cette condamnation aux dépens est considérée comme un jugement en vertu du projet de Convention conformément à l'art. 3(1)(b).

<sup>115</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 127 ; voir aussi Règlement (UE) No 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte) (ci-après le « Règlement Bruxelles I bis »), art. 7(5) ; Code civil du Québec, art. 3168(2).

tional connections. A business that is a legal person will be considered to be habitually resident, *inter alia*, at its principal place of business under Article 3(2). But if the business is not a legal person separate from the natural person who provides the goods or services, then there is no jurisdictional connection to the State of the principal place of business under sub-paragraph (a), despite the two situations being analogous but for the juridical status of the business. Sub-paragraph (b) recognises that the location of the principal place of business of a natural person is a legitimate connection to any claims made against that natural person arising from their business activity. Allowing claims to be litigated in the State of the principal place of business is consistent with the legitimate expectations of the parties.

**157 Conditions.** Sub-paragraph (b) includes two further conditions. First, the claim on which the judgment is based must have arisen from the activities of the natural person's business. This is a more limited jurisdiction than the general jurisdiction under sub-paragraph (a). The wording of sub-paragraph (b) indicates that the claim must arise from "business activities" but does not require that the activities in question were connected specifically to the principal place of business. The very fact that sub-paragraph (b) refers to the "principal" place of business implies that a natural person may carry on business in more than one place, but only one of them will qualify as a "principal" place of business. Of course, these distinctions are more likely to be present in face-to-face rather than online situations.

**158 Example.** A is an accountant who is habitually resident in State X, in a town on the border of States Y and Z. A's main office is located in a town in State Y, where she does most of her business and works on a regular basis. However, she also travels to State Z once a week, to provide services to her smaller clientele there. Because the price of copier paper is lower in State Z, A purchases her weekly supply of copier paper for both offices on Fridays, when she is in State Z, from ABC Paper Inc. Should a dispute arise regarding this paper supply, a judgment rendered against A by a court of origin in State Y would satisfy sub-paragraph (b) because State Y is the state of the principal place of business of A even though the claim arises out of a transaction that took place in State Z, because the claim arises out of the "business activities" of the natural person engaged in those activities.<sup>112</sup> Conversely, when the claim derives from the personal or family activities of A, sub-paragraph (b) will not apply.

**159** The second condition relates to the timing of the claim and the establishment of the principal place of business. Sub-paragraph (b) requires that the natural person's principal place of business be situated in the rendering State at the time that person became a party to the proceedings brought before the court of origin. This requirement of contemporaneity is the same as the one in sub-paragraph (a) for habitual residence.

#### *Sub-paragraph (c)*

**160 Introduction.** Bringing a civil or commercial claim to a court typically indicates acceptance of the jurisdiction of that court, even though a claimant may have limited or no choice about where proceedings can be initiated, which will

<sup>112</sup> The courts in State Z would also be considered competent under the draft Convention, as the courts in the State where the contract was performed, under para. 5(1)(g), discussed below.

be determined by the direct jurisdiction rules of each State.<sup>113</sup> This reasoning does not apply to people other than the claimant, such as the defendant, who may have no choice but to respond to the proceedings or risk a default judgment. Sub-paragraph (c) states that the very fact of bringing a claim in the court of origin makes any judgment on that claim enforceable against the person who brought the claim in the court of origin.

**161 Example.** A, habitually resident in State X, travels to State Y for a camping holiday, where he encounters B, habitually resident in State Z, on the camping grounds. Damage is caused to A's camping equipment which A claims is due to B's negligence. A decides to bring proceedings before the courts of State Z, seeking compensation for the loss allegedly caused by B's fault. B successfully defends against the claim, the court declares that B is not liable for any of A's loss and grants B an award of costs. If A attempts to start new proceedings on the negligence claim in State Y, B could request recognition of the judgment from State Z, referring to Article 5(1)(c) to satisfy the jurisdictional criterion. Because A initiated the claim in State Z, the judgment rendered by the court in State Z is recognisable against A in any other Contracting State. Furthermore, if B wants to enforce the cost award against A in State X,<sup>114</sup> the jurisdiction of the court of origin, in State Z, would be validated by reference to Article 5(1)(c).

**162 Relationship with other provisions.** If the claimant was habitually resident in the State of origin when the claim was brought, jurisdiction will also be valid under sub-paragraph (a). In other words, sub-paragraph (c) is necessary only when the claimant was not habitually resident in the rendering State. Note also that sub-paragraph (c) does not apply to counterclaims, which are dealt with specifically in sub-paragraph (l).

#### *Sub-paragraph (d)*

**163 Introduction.** This sub-paragraph contains a basis of jurisdiction for secondary establishments. Where a claim arises from the activities of a branch of a person whose habitual residence is in a different State, the draft Convention recognises the jurisdiction of courts in the State where the branch itself is located. This "branch jurisdiction" is found in several legal systems.<sup>115</sup> The draft Convention takes a narrow approach by requiring that the judgment against the defendant involves a claim that arose directly from the activities of the branch located in the State of origin, and not from the activities of the defendant generally.

**164 Rationale.** A person who sets up an establishment in another State must accept the jurisdiction of the courts of that State on claims concerning the activities of that establishment because the person controls the establishment. This is consistent with the legitimate expectations of the parties. Furthermore, since this jurisdiction is limited to disputes that arose from the activities of the branch, it is

<sup>113</sup> For example, in cases involving exclusive jurisdictional bases, there may be only one State where the plaintiff can bring the claim.

<sup>114</sup> This cost award is considered to be a judgment under the draft Convention as per Art. 3(1)(b).

<sup>115</sup> Nygh/Pocar Report, para. 127; See also Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition of judgments in civil and commercial matters (recast) (hereinafter, "Brussels I Recast Regulation"), Art. 7(5); Civil Code of Québec, Art. 3168(2).

lement justifiée par le lien étroit entre le litige et le tribunal appelé à en connaître, en particulier à établir les faits.

**165 Succursale, agence ou autre établissement.** La disposition mentionne « une succursale, une agence ou tout autre établissement sans personnalité juridique propre »<sup>116</sup>. Le projet de Convention ne définit pas cette notion. En principe, un établissement implique une présence physique stable du défendeur dans l'État d'origine où celui-ci exerce une activité économique<sup>117</sup>. Cette disposition est expressément limitée aux établissements dépourvus de personnalité juridique distincte du défendeur, ce qui semble exclure les filiales et toute autre partie d'une organisation commerciale constituée sous forme d'entité juridique distincte<sup>118</sup>.

**166 Portée.** Pour que l'alinéa (d) s'applique, il doit exister un lien entre la demande et les activités de la succursale, de l'agence ou de l'établissement dans l'État d'origine. Autrement dit, il ne suffit pas que la demande découle de l'activité professionnelle du défendeur en général, elle doit résulter des activités de la succursale ou de l'établissement dans l'État d'origine. Ainsi, par exemple, dans un litige contractuel, le contrat doit avoir été conclu par l'intermédiaire de l'établissement dans l'État d'origine ou cet établissement doit être responsable de son exécution ; un lien lointain ou incident n'est pas suffisant.

**167** Toutefois, ce lien basé sur l'activité n'est pas limité du point de vue de la nature de la demande. Le litige peut découler de la gestion interne de la succursale ou des actes de la succursale au cours de son activité, et l'action peut être fondée sur la responsabilité contractuelle, sur la responsabilité délictuelle ou avoir un autre fondement, comme l'enrichissement sans cause<sup>119</sup>. Un chevauchement peut donc s'opérer entre cet alinéa et d'autres alinéas traitant des obligations contractuelles (alinéa (g)) et non contractuelles (alinéa (j)).

#### Alinéas (e) et (f)

**168 Introduction.** Ces deux alinéas concernent les jugements rendus contre des défendeurs qui ont consenti à la compétence du tribunal d'origine. Le consentement du défendeur est généralement accepté comme un fondement légitime de la compétence internationale. L'article 5(1) envisage trois formes de consentement – le consentement exprès unilatéral au cours de la procédure (alinéa (e)), le consentement ou la soumission implicite (alinéa (f)) et l'accord entre les parties (alinéa (m)), voir, *infra*, para. 219 à 225). Chacun de ces trois modes de consentement remplit le critère visé à l'article 5(1), indépendamment de l'absence de liens avec l'État d'origine.

**169** Comme on le verra plus loin, des limites particulières s'appliquent lorsque le jugement est rendu contre un défendeur consommateur ou salarié, conformément au paragraphe 2.

<sup>116</sup> Cette terminologie n'exclut pas les personnes physiques, mais cette inclusion peut compliquer le champ d'application de l'art. 5(1)(b), qui est circonscrit aux personnes physiques.

<sup>117</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 127.

<sup>118</sup> Dans l'application de l'art. 7(5) du Règlement Bruxelles I bis, la CJUE a également inclus les filiales, à savoir les établissements dotés de la personnalité juridique, en vertu de la doctrine de l'apparence, c.-à-d. lorsque celles-ci apparaissent vis-à-vis des tiers comme de simples succursales du défendeur étranger ; voir arrêt du 9 décembre 1987, *SAR Schotte GmbH c. Parfums Rothschild*, C-218/86, EU:C:1987:536.

<sup>119</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 134.

#### Alinéa (e)

**170 Consentement exprès au cours de la procédure.** Le critère énoncé à l'article 5(1) est satisfait lorsqu'un défendeur consent expressément à la compétence du tribunal d'origine au cours de la procédure. L'existence d'un consentement exprès est une question de fait qui sera tranchée par le tribunal de l'État requis. L'alinéa (e) ne prescrit pas la forme ni le fond de ce consentement exprès ; il pourrait être verbal ou écrit. Cependant, d'autres dispositions du projet de Convention doivent être prises en compte pour interpréter la notion de « consentement exprès ». Premièrement, une autre disposition traite du consentement tacite (alinéa (f)). La portée du consentement exprès est donc restreinte et doit exiger un acte positif (verbalement ou par écrit) par opposition, par exemple, à l'absence de contestation ou au simple retrait d'une contestation de la compétence du tribunal d'origine. Deuxièmement, contrairement au paragraphe 2(a), cet alinéa n'impose pas que le consentement soit adressé au tribunal. Il peut donc être adressé au tribunal ou à l'autre partie, mais au cours de la procédure.

**171** Ce mode de consentement n'est pas connu ou reconnu dans tous les systèmes procéduraires. Cependant, cela ne fait pas obstacle à son appréciation par l'État requis. En vertu du paragraphe premier, l'État requis n'apprécie pas si le tribunal d'origine a été valablement saisi au regard de ses propres règles de *compétence directe*, qui comprennent probablement des règles sur le consentement. En réalité, il vérifie si un des critères de *compétence indirecte* est satisfait, indépendamment du fondement de la compétence du tribunal d'origine.

**172 Exemples.** Les scénarios suivants montrent comment le consentement exprès au sens de l'alinéa (e) pourrait se présenter dans les faits :

- (i) A introduit une procédure contre B dans l'État X et B en est notifié dans les formes et dans les délais requis. Dans sa réponse par courrier électronique, B rappelle à A que leur contrat contient une clause d'arbitrage mais que le coût de l'arbitrage pourrait être prohibitif au regard du montant de la demande. B indique qu'il est d'accord pour se défendre dans l'État X dans ce cas, mais qu'il se réserve le droit d'invoquer la clause d'arbitrage dans le cadre de tout litige futur en vertu du contrat conclu entre les parties.
- (ii) C introduit une procédure contre D dans l'État X. D réagit en invitant C à négocier pour régler le litige. Les parties parviennent à régler une partie de leur différend à l'amiable, mais elles n'arrivent pas à s'entendre sur certains points. Dans le cadre du règlement amiable, C accepte expressément de modifier la demande dont il a saisi le tribunal dans l'État X et D accepte expressément que cette demande modifiée soit tranchée par le tribunal dans l'État X<sup>120</sup>.
- (iii) E introduit une procédure contre F dans l'État X. En vertu du droit procédural de l'État X, le tribunal est tenu de vérifier d'office sa compétence lorsqu'il est saisi d'une demande contre un défendeur étranger. Notant l'absence de lien entre la demande et l'État X, le tribunal demande à F, qui a sa résidence habituelle dans l'État Y, si elle souhaite soulever une objection à la compétence. F répond qu'elle accepte la compétence du tribunal dans l'État X et qu'elle est prête à se défendre devant celui-ci.

<sup>120</sup> On pourrait également considérer que ce scénario relève de l'alinéa (m) si la clause figurant dans le règlement amiable est interprétée comme la « désignation d'un tribunal ».



further justified by the close connection between the dispute and the court called upon to hear it, in particular to ascertain the facts.

**165 Branch, agency or other establishment.** The provision refers to “branch, agency or other establishment without separate legal personality”.<sup>116</sup> The draft Convention does not define this concept. In principle, an establishment implies a stable physical presence of the defendant in the State of origin where such defendant carries out an economic activity.<sup>117</sup> The provision is expressly limited to establishments without legal personality separate from the defendant. This criterion excludes subsidiaries and any other part of a commercial organisation that is constituted as a separate legal entity.<sup>118</sup>

**166 Scope.** For sub-paragraph (d) to apply, there must be a link between the claim and the activities of the branch, agency or establishment in the State of origin. In other words, it is not sufficient that the claim arises from the defendant’s business activities generally; it must arise out of the activities of the branch or establishment in the State of origin. Thus, for example, in a contractual dispute, the contract must have been concluded through the establishment in the State of origin or this establishment must be responsible for its performance. A mere remote or incidental connection is not sufficient.

**167** This activity-based connection is, however, not limited according to the nature of the claim. The dispute may arise out of the internal management of the branch or from conduct in the course of its operations, and the action may be based on contract, tort or any other basis, such as unjust enrichment.<sup>119</sup> It might therefore overlap with other sub-paragraphs dealing with contractual (sub-para. (g)) and non-contractual obligations (sub-para. (j)).

#### *Sub-paragraphs (e) and (f)*

**168 Introduction.** These two sub-paragraphs deal with judgments rendered against defendants who consented to the jurisdiction of the court of origin. Consent of the defendant is widely accepted as a legitimate basis for international jurisdiction. Article 5(1) envisages three forms of consent – unilateral express consent during proceedings (sub-para. (e)), implied consent or submission (sub-para. (f)) and agreement of the parties (sub-para. (m)), see *infra* paras 219-225). Any one of these forms of consent meets the jurisdictional requirement under Article 5(1), regardless of the absence of any other connections with the State of origin.

**169** As will be seen below, specific limitations apply to consent-based jurisdiction where judgments are rendered against defendants who are consumers or employees, as per paragraph 2.

<sup>116</sup> This terminology does not exclude natural persons, but this inclusion may complicate the scope of application of Art. 5(1)(b), which is limited to natural persons.

<sup>117</sup> Nygh/Pocar Report, para. 127.

<sup>118</sup> In applying Art. 7(5) of the Brussels I Recast Regulation, the ECJ has also included subsidiaries, *i.e.*, establishments with legal personality, under the doctrine of appearance, that is, when they appear *vis à vis* third parties as a mere branch of the foreign defendant, see Judgment of 9 December 1987, *SAR Schotte GmbH v. Parfums Rothschild SARL*, C-218/86, EU:C:1987:536.

<sup>119</sup> Nygh/Pocar Report, para. 134.

#### *Sub-paragraph (e)*

**170 Express consent in the course of the proceedings.** The jurisdictional requirement in Article 5(1) is satisfied where a defendant expressly consents to the jurisdiction of the court of origin during the course of proceedings. The existence of express consent is a question of fact to be determined by the court of the requested State. Sub-paragraph (e) does not prescribe the form or substance of this express consent, *i.e.*, it could be oral or in writing. However, other provisions of the draft Convention should be considered to interpret the concept of “express consent”. First, a separate provision deals with implied consent (sub-para. (f)). The scope for express consent is therefore narrowed and should require a positive action (orally or in writing) as opposed, for example, to a failure to raise an objection or the mere withdrawal of a challenge to jurisdiction of the court of origin. Second, unlike paragraph (a), this sub-paragraph does not require that the consent be addressed to the court. Thus, it may be addressed to the court or to the other party, but in the course of the proceedings.

**171** This manner of consenting may not be known or recognised in all procedural systems. This is not, however, an impediment to the assessment of such consent by the requested State. Under paragraph 1, the requested State is not assessing whether the court of origin was properly seized under its own rules of *direct jurisdiction*, which likely include rules on consent. Rather, the requested State is verifying whether one of the criteria for *indirect jurisdiction* is satisfied, regardless of the basis for jurisdiction in the court of origin.

**172 Examples.** The following scenarios illustrate how express consent in the sense of sub-paragraph (e) might present itself in fact:

- (i) A initiates proceedings against B in State X and B is properly notified. In its email response, B reminds A that their contract includes an arbitration clause but that the cost of arbitration would be prohibitive given the value of the claim. B indicates that it will agree to defend in State X in this case but reserves its right to raise the arbitration clause in any future disputes under the parties’ contract.
- (ii) C initiates proceedings against D in State X. D reacts by inviting negotiations to resolve the dispute. The parties successfully resolve part of the dispute but are unable to agree on other aspects. As part of the settlement agreement, C expressly agrees to amend the claim brought before the court in State X and D expressly accepts that this amended claim will be decided by the court in State X.<sup>120</sup>
- (iii) E initiates proceedings against F in State X. Under the procedural law of State X, the court is obligated to verify its jurisdiction *ex officio* in claims against foreign defendants. Noting that there is no connection between the claim and State X, the court asks F, habitually resident in State Y, if she wishes to raise any objections to jurisdiction. F answers that she accepts the jurisdiction of the court in State X and is prepared to proceed before it.

<sup>120</sup> This scenario might also be considered to fall within sub-para. (m) if the clause within the settlement agreement is interpreted as the “designation of a court”.

173 **Introduction.** Contrairement au consentement exprès envisagé à l'alinéa (e), le consentement visé à l'alinéa (f) est implicite ; il se déduit habituellement du fait que le défendeur fait valoir ses arguments sur le fond et ne conteste pas la compétence du tribunal d'origine. Le défendeur qui n'élève aucune objection à la compétence du tribunal d'origine est réputé avoir accepté que ce tribunal statue sur la demande introduite à son encontre. En pratique, lorsqu'on considère la soumission en vertu de l'alinéa (f), il faut garder à l'esprit que le paragraphe premier prévoit de nombreux critères de compétence indirecte, dont *un seul* doit être satisfait. La soumission n'est donc pertinente qu'en l'absence d'autre critère de compétence en vertu du paragraphe premier.

174 **Raisonnement.** Le consentement, exprès ou tacite, est un fondement légitime de la compétence dans la plupart des États. La notion de soumission repose sur le postulat que le défendeur a implicitement accepté que le litige serait réglé par le tribunal saisi de la demande, même s'il a pu avoir des motifs pour contester cette compétence. Ainsi, le défendeur peut souhaiter éviter le coût et le délai d'une contestation de compétence, ou bien il ne voit aucun réel avantage à être poursuivi ailleurs ou encore il ne sait pas qu'il est possible de contester la compétence. Quelle que soit la motivation du défendeur dans une situation donnée, la plupart des États considèrent que celui-ci peut consentir implicitement à la compétence internationale d'un tribunal. Dès lors, si le défendeur a accepté la compétence de l'État d'origine, le jugement est susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu du projet de Convention.

175 **Conditions.** La soumission en vertu de l'alinéa (f) est soumise à deux conditions positives. D'une part, le défendeur doit avoir fait valoir ses arguments sur le fond devant le tribunal d'origine, d'autre part, il ne doit pas avoir contesté la compétence. Cependant, une condition négative est prévue : une contestation de la compétence aurait échoué.

176 **Le défendeur a fait valoir ses arguments sur le fond sans contester la compétence.** On admet généralement que si un défendeur ne fait pas valoir ses arguments sur le fond, il ne s'est pas soumis à la compétence du tribunal d'origine. Tel peut être le cas lorsque le défendeur ne comparait pas devant le tribunal, c'est-à-dire lorsque le jugement est rendu par défaut ou lorsque, même s'il comparait, il ne fait pas valoir ses arguments sur le fond. Ainsi, un défendeur est en droit de répondre à une demande à la seule fin de contester la compétence sans que cette réponse soit considérée comme une soumission aux fins de la reconnaissance. Si la contestation échoue, le défendeur peut choisir de ne pas continuer à prendre part à la procédure. Dans de nombreux systèmes juridiques, cela ne mettra pas fin à la procédure car le tribunal peut poursuivre et rendre un jugement favorable au demandeur, qui est ensuite susceptible de circuler en vertu du projet de Convention. Dans ce cas toutefois, la compétence ne sera pas reconnue sur la base de la soumission et devra être fondée sur un autre critère énoncé au paragraphe premier.

177 Le projet de Convention ne définit pas précisément en quoi consiste le fait de faire valoir ses arguments sur le fond. Dans certains États, tout acte du défendeur allant au-delà d'une simple contestation de compétence implique une soumission, comme une demande de précisions, une demande de communication de documents ou d'autres éléments, une demande tendant à rayer certains arguments du procès-verbal des débats, etc. Le langage du projet de Convention renvoie à une question matérielle, et non procédurale : il

s'agit de savoir si le défendeur a accompli, dans la procédure devant le tribunal d'origine, un acte ou une procédure qui impliquait une contestation sur le fond du litige. Toute règle différente régissant la soumission à la compétence en vertu du droit du tribunal d'origine est dénuée de pertinence. La question de savoir si le défendeur « a fait valoir ses arguments sur le fond » doit être appréciée sur la base des faits et considérée indépendamment de la manière dont l'État d'origine envisage la question (voir, *infra*, para. 393).

178 Dans certains systèmes, le fait, pour le défendeur, de rester partie à la procédure pour contester sur le fond après avoir échoué dans sa contestation de la compétence est considéré comme une soumission<sup>121</sup>. Le projet de Convention rejette ce point de vue et estime qu'un défendeur qui a valablement contesté la compétence sans avoir gain de cause peut encore se défendre sur le fond sans pour autant que l'on considère qu'il s'est soumis à la compétence aux fins de la reconnaissance et de l'exécution. C'est l'effet de la deuxième condition de l'alinéa (f). L'absence de définition de l'expression « a fait valoir ses arguments sur le fond » dans le projet de Convention est atténuée par la possibilité donnée au défendeur d'éviter de se soumettre à la compétence en veillant à contester celle-ci devant le tribunal d'origine.

179 **Contester la compétence « dans les délais prescrits par le droit de l'État d'origine ».** Les règles de procédure du droit de l'État d'origine peuvent fixer un délai précis dans lequel le défendeur doit contester la compétence. Ce délai peut être exprimé en jours à compter d'un certain point, comme la notification de la demande, ou sous forme d'indication chronologique, par exemple avant d'introduire une autre procédure. Certains systèmes juridiques peuvent également envisager l'inclusion de tous les moyens de défense, procéduraux et matériels, dans le même acte de procédure. Aux termes de l'alinéa (f), les contestations présentées hors délais ne permettront pas d'éviter la soumission. Si le défendeur ne respecte pas les règles de procédure de l'État d'origine pour contester la compétence et fait valoir ses arguments sur le fond, le jugement circulera en vertu de l'alinéa (f). Le projet de Convention n'impose pas de délai précis pour la contestation et laisse le droit interne de l'État d'origine régir cet aspect, mais il tire ses conclusions du non-respect de ce délai.

180 **Une contestation de la compétence aurait échoué.** La soumission repose sur le postulat que le défendeur a implicitement accepté que le litige serait tranché par le tribunal saisi de la demande, même s'il a pu avoir des motifs pour s'opposer à cette compétence. C'est l'absence d'opposition qui est le fondement de la soumission implicite du défendeur. Une hypothèse majeure de cette règle est que le droit procédural du tribunal d'origine autorise le défendeur à contester la compétence. C'est dans ce cas seulement que l'absence de contestation peut être interprétée comme un consentement implicite. L'alinéa (f) illustre cette hypothèse en exprimant la règle en termes de contestation de compétence.

181 L'alinéa (f) tient également compte des chances de succès d'une telle contestation puisqu'il ne serait pas raisonnable d'exiger du défendeur qu'il forme cette opposition si elle n'avait aucune chance d'aboutir. Autrement dit, le projet de Convention n'impose pas au défendeur de contester la compétence si cette démarche était vouée à l'échec : si le défendeur peut démontrer, devant l'État requis, qu'une

<sup>121</sup> C'est le cas dans tout le Canada, bien qu'il existe une exception limitée lorsque cette future participation vise à respecter une ordonnance du tribunal à cet effet ; voir par exemple : *Van Damme c. Gelber*, 2013 ONCA 388.

*Sub-paragraph (f)*

**173 Introduction.** Unlike the express consent contemplated in sub-paragraph (e), the consent in sub-paragraph (f) is implied, typically from the defendant arguing on the merits and failing to contest the jurisdiction of the court of origin. By failing to object to the jurisdiction of the court of origin, the defendant is taken to have accepted that the claim brought against it will be decided by that court. In practice, in considering submission to jurisdiction under sub-paragraph (f), recall that paragraph 1 includes numerous indirect jurisdictional grounds, only *one* of which need be satisfied. Submission is thus only relevant when there is no other available jurisdictional basis under paragraph 1.

**174 Rationale.** Consent, either express or implied, is a legitimate basis of jurisdiction in most States. The concept of submission is based on the premise that the defendant has implicitly agreed that the dispute will be adjudicated by the court where the claim was brought, even though there may have been some basis for an objection to that jurisdiction. The defendant might wish to avoid the cost and delay of a jurisdictional challenge, or sees no significant advantage in being sued elsewhere, or is unaware that a challenge to jurisdiction is available. Whatever the reason for individual defendants, most States agree that a defendant can implicitly consent to the international jurisdiction of a court. Thus, if the defendant accepted the jurisdiction of the State of origin, the judgment is eligible for recognition and enforcement under the draft Convention.

**175 Conditions.** Submission under sub-paragraph (f) is subject to two positive conditions. First, the defendant must have argued on the merits before the court of origin. Second, the defendant must have failed to contest jurisdiction. However, a negative condition is included: that an objection to jurisdiction would have been unsuccessful.

**176 The defendant argued on the merits without contesting jurisdiction.** It is generally agreed that if a defendant does not argue on the merits, there has been no submission to the jurisdiction of the court of origin. This may be the case if the defendant does not appear before that court, *i.e.*, if the judgment is given by default, or because, even if the defendant appears, he or she does not argue on the merits. Thus, a defendant is entitled to respond to a claim for the sole purpose of objecting to jurisdiction without that response being considered to amount to submission for recognition purposes. If the objection fails, the defendant may choose not to continue to participate in the proceedings. In many legal systems, this will not end the proceedings as the court can continue and render a judgment for the claimant that may then be able to circulate under the draft Convention. In such a case, however, jurisdiction will not be recognised on the basis of submission and would thus have to be based on another ground listed in paragraph 1.

**177** The draft Convention does not define the precise contours of arguing on the merits. In certain States, any act by a defendant that goes beyond mere contestation of jurisdiction will be considered to involve submission, such as a request for particulars, a motion for communication of documents or other forms of discovery, a motion to strike pleadings, etc. The language in the draft Convention refers to a material, rather than a procedural, issue. The question is

whether the defendant engaged in any action or procedure in the proceedings before the court of origin that involved contestation of the merits of the dispute. Any different rules governing submission to jurisdiction under the law of the court of origin are irrelevant. The assessment of whether the defendant “argued on the merits” should be a factual one and be considered independently of how the issue is considered in the State of origin (see *infra* para. 393).

**178** In some systems, if the defendant chooses to continue participating in the proceedings to argue on the merits after having failed on its jurisdictional challenge, this can be considered to constitute submission.<sup>121</sup> The draft Convention rejects this view and holds that a defendant who properly contested jurisdiction but lost can still defend on the merits without being considered to have submitted for the purposes of recognition and enforcement. This is the effect of the second condition in sub-paragraph (f). As such, the lack of a definition for “argued on the merits” in the draft Convention is mitigated by the possibility for the defendant to avoid submission by ensuring that an objection to jurisdiction has been made before the court of origin.

**179 Contesting jurisdiction “within the timeframe provided in the law of the State of origin”.** Procedural rules in the law of the State of origin may set a specific time frame for a defendant to object to jurisdiction. This might be either in terms of days from a certain point, such as notice of the claim, or in terms of sequence, such as prior to engaging in any other procedure. Some legal systems may also envisage the inclusion of all defences, procedural and substantive, in the same procedural document. Under sub-paragraph (f), untimely objections will not avoid submission. If the defendant does not abide by the procedural rules of the State of origin to contest jurisdiction, and argues on the merits, the judgment will circulate under sub-paragraph (f). The draft Convention does not impose any specific time frame for objecting, leaving that to the domestic law of the State of origin, but it does draw its own conclusion from the failure to abide by any such time frame.

**180 Objection to jurisdiction would not have succeeded.** Submission is based on the premise that the defendant has implicitly agreed that the dispute will be adjudicated by the court where the claim was brought, even though there may have been some basis for an objection to that jurisdiction. It is the failure to raise the objection that grounds the implied submission of the defendant. A major assumption of this rule is that the procedural law in the court of origin allows the defendant to challenge jurisdiction. It is only in such a case that the failure to contest can be interpreted as implied consent. Sub-paragraph (f) reflects this assumption by framing the rule in terms of a challenge to jurisdiction.

**181** Sub-paragraph (f) also takes into account whether such a challenge would have had any chance of success given that it would otherwise be unreasonable to require that the defendant have undertaken such a challenge. In other words, the draft Convention does not impose upon the defendant the burden to contest jurisdiction if this objection was doomed to fail: if the defendant can show, before the

<sup>121</sup> This is the case throughout Canada, although there is a limited exception where this future participation is done to comply with a court order to do so: see for example: *Van Damme v. Gelber*, 2013 ONCA 388.

tentative de contestation de la compétence du tribunal d'origine n'avait aucune chance de succès, l'absence de contestation devant le tribunal d'origine ne constituera pas un consentement implicite ou une soumission du défendeur. Le critère de compétence aux fins de la reconnaissance ou de l'exécution fondé sur la soumission ne sera pas rempli dans ce cas.

182 Cependant, pour prévenir toute stratégie ou tout comportement opportuniste du défendeur, le projet de Convention prévoit un critère de preuve relativement exigeant. Il doit être *évident* que la contestation de la compétence aurait échoué en vertu du droit de l'État d'origine.

183 **Exemple.** Le tribunal d'origine se déclare compétent au seul motif que le défendeur étranger avait un bien dans l'État ou le territoire bien qu'il n'existe aucun lien entre la demande et ce bien. Il ressort des décisions antérieures du tribunal d'origine que les contestations de cette compétence sont toujours rejetées ; par conséquent, le défendeur ne conteste pas la compétence devant le tribunal d'origine. À supposer qu'aucun autre paragraphe de l'article 5 (ou 6) ne soit satisfait, le jugement du tribunal d'origine ne sera pas considéré comme ayant satisfait à l'alinéa (f) bien que le défendeur n'ait pas contesté la compétence devant ce tribunal et qu'il ait fait valoir ses arguments sur le fond.

184 **Contestation de l'exercice de la compétence.** La soumission à la compétence s'étend aussi à l'hypothèse dans laquelle le défendeur ne demande pas au tribunal d'origine de renoncer à exercer sa compétence, une possibilité présente dans les États où la doctrine du *forum non conveniens* autorise un défendeur à demander à un tribunal de renoncer à exercer sa compétence.

185 Dans la plupart des États où existe la règle du *forum non conveniens*, celle-ci est distinguée de la compétence elle-même. La doctrine autorise un tribunal à *renoncer à exercer sa compétence* et n'implique donc aucune admission que le tribunal *n'est pas compétent*. Dans ces États, il n'est pas rare que le demandeur commence par contester la compétence puis, si le tribunal rejette cette contestation, qu'il demande à celui-ci de renoncer à exercer sa compétence. Les défendeurs peuvent même *concéder* la compétence et demander seulement au tribunal de renoncer à l'exercer.

186 Le texte de l'alinéa (f) exige que pour éviter la soumission, un défendeur soulève toutes les contestations possibles à la compétence du tribunal d'origine ou à l'exercice de sa compétence. Un défendeur se sera soumis à la compétence du tribunal d'origine s'il avait la possibilité de contester celle-ci mais a choisi de ne pas le faire ou bien s'il avait la possibilité de demander au tribunal de renoncer à exercer sa compétence et ne l'a pas fait ou encore s'il ne démontre pas que de telles demandes étaient vouées à l'échec.

187 **Scénarios.** Supposons que dans l'État d'origine, où la doctrine du *forum non conveniens* est reconnue, un défendeur ait seulement invoqué celle-ci sans contester la compétence elle-même. À moins que le défendeur puisse démontrer devant l'État requis que la compétence elle-même n'a pas été contestée parce qu'une telle contestation était vouée à l'échec, on considérera qu'il s'est soumis à la compétence du tribunal d'origine, même s'il a demandé au tribunal de renoncer à exercer sa compétence. De même, si un défendeur n'a pas contesté la compétence et s'il n'a pas demandé au tribunal d'origine de renoncer à exercer sa compétence, il devra, pour éviter un constat de soumission

en vertu de l'alinéa (f), démontrer qu'aucune des options ne pouvait aboutir.

188 Dans tous ces scénarios, il est sans importance que l'absence de contestation de la compétence ou l'absence de demande adressée au tribunal de renoncer à exercer sa compétence revienne à une soumission en vertu du droit de l'État d'origine. Le projet de Convention ne contient que des critères de compétence indirecte ; le tribunal de l'État requis ne s'intéresse donc pas à la façon dont le tribunal d'origine détermine sa compétence, mais seulement à la question de savoir si l'un des critères de compétence du paragraphe premier est satisfait. Pour éviter un constat de soumission, et donc un critère de compétence indirecte en vertu du projet de Convention, le défendeur doit s'opposer à la compétence du tribunal d'origine par tous les moyens qui lui sont ouverts devant le tribunal d'origine, soit expressément devant ce tribunal, soit plus tard devant le tribunal requis, en démontrant qu'il ne l'a pas fait parce qu'il n'avait aucune chance d'aboutir. Bien entendu, ces actes ou arguments d'un défendeur n'empêcheront pas la circulation du jugement s'il existe un autre critère de compétence en vertu de l'article 5 ou 6. Autrement dit, un défendeur ne peut pas se contenter de soulever une objection à la compétence ou de demander au tribunal d'origine de renoncer à exercer sa compétence et espérer que cela empêchera la circulation du jugement en vertu du projet de Convention.

#### Alinéa (g)

189 **Introduction.** Cet alinéa reconnaît un lien de compétence pour les jugements portant sur des obligations contractuelles. Cette règle résulte d'un compromis entre deux approches : certains États considèrent que le lieu d'exécution est un fondement suffisant de la compétence, sans autre condition, tandis que d'autres exigent une appréciation plus « factuelle », basée sur les activités du défendeur dans l'État d'origine. Étant donné la fréquence des accords d'élection de for ou des clauses d'arbitrage dans les contrats internationaux, il est possible que cet alinéa ne soit pas souvent invoqué au stade de l'exécution<sup>122</sup>.

190 **Le lieu d'exécution comme point de départ.** Le point de départ de l'alinéa (g) représente la première approche, selon laquelle le lieu d'exécution d'une obligation contractuelle est un fondement de la reconnaissance et de l'exécution d'un jugement. Cette formulation implique que la compétence peut varier en fonction de la source du litige qui oppose les parties. Ainsi, dans un contrat de vente de marchandises, si le vendeur introduit une demande en paiement, l'alinéa (g) reconnaîtra la compétence d'un tribunal du lieu où le paiement était dû, alors que si l'acheteur introduit une demande pour retard de livraison, il renverra aux tribunaux du lieu de livraison. Ce mécanisme diffère de celui d'autres instruments, tel le Règlement Bruxelles I *bis*, qui prévoit, pour certains types de contrats, un for contractuel unique qui ne change pas en fonction de l'obligation à la base de la demande<sup>123</sup>.

191 **Le lieu d'exécution de l'obligation contractuelle : accord entre les parties.** Le projet de Convention envisage deux sources permettant de déterminer le lieu d'exécution des obligations contractuelles, le contrat lui-même ou la loi d'application. Si le contrat précise le lieu d'exécution de l'obligation, un jugement rendu par un tribunal de ce lieu satisfera au critère de compétence visé à l'alinéa (g)(i), que

<sup>122</sup> Pour les jugements rendus par le tribunal désigné dans un accord, voir alinéa (p) ci-dessous. Pour une discussion sur l'exclusion de l'arbitrage dans le projet de Convention, voir art. 2(3) ci-dessus.

<sup>123</sup> Voir art. 7(1) du Règlement Bruxelles I *bis*.

requested State, that any attempt to contest the jurisdiction of the court of origin had no chance of success, the defendant's failure to raise such a challenge before the court of origin will not be implied consent or submission. The jurisdictional criterion for recognition or enforcement based on submission will not be met in such a case.

182 However, to prevent strategic or opportunistic behaviour by the defendant, the draft Convention sets out a relatively high standard of proof. It must be *evident* that the objection to jurisdiction would not have succeeded under the law of the State of origin.

183 **Example.** The court of origin takes jurisdiction on the sole basis that the foreign defendant has property in the jurisdiction even though there is no relation between the claim and that property. Prior decisions in the court of origin indicate that challenges to such jurisdiction are always denied and, as a result, the defendant does not contest jurisdiction in the court of origin. On the assumption that no other paragraph in Article 5 (or 6) is satisfied, the eventual judgment of the court of origin will not be considered to have satisfied sub-paragraph (f) despite the fact that the defendant did not contest jurisdiction before that court and argued on the merits.

184 **Objection to the exercise of jurisdiction.** Submission to jurisdiction also extends to the defendant's failure to request that the court of origin decline to exercise jurisdiction, a possibility in States where the doctrine of *forum non conveniens* allows a defendant to request that a court decline to exercise its jurisdiction.

185 In most States where *forum non conveniens* is available, it is distinguished from jurisdiction *per se*. The doctrine allows a court to *decline to exercise jurisdiction*, and thus does not involve any admission by the court that it is *without jurisdiction*. In such States it is not uncommon for the defendant to first contest jurisdiction and second, in the alternative, should the court reject that challenge, request that the court decline to exercise its jurisdiction. Defendants may even *concede* jurisdiction and only request that the court decline to exercise it.

186 The language used in sub-paragraph (f) requires that a defendant raise all possible challenges to the jurisdiction of the court of origin or to its exercise of jurisdiction in order to avoid submission. A defendant will have submitted to the jurisdiction of the court of origin if the defendant had the opportunity to challenge the jurisdiction of a court but chose not to, or had the opportunity to request that a court decline to exercise its jurisdiction and failed to do so, or fails to show that such requests would have had no chance of success.

187 **Scenarios.** Suppose that in the State of origin, where the doctrine of *forum non conveniens* is available, a defendant only invoked *forum non conveniens* without also contesting jurisdiction *per se*. Unless the defendant can show, before the requested State, that jurisdiction *per se* was not challenged because it had no chance of success, the defendant will be considered to have submitted to the jurisdiction of the court of origin, even though the defendant asked the court to decline jurisdiction. Similarly, if a defendant did not contest jurisdiction *and* did not request that the court of origin decline to exercise its jurisdiction, the defendant will have to show that neither option had a

chance of success to avoid a finding of submission under sub-paragraph (f).

188 In all of these scenarios, it does not matter whether the failure to contest jurisdiction or to request that the court decline to exercise jurisdiction amounts to submission under the law of the court of origin. The draft Convention contains only indirect jurisdictional grounds. Accordingly, the court in the requested State is not concerned with how the court of origin assesses jurisdiction, but only with whether any one of the jurisdictional grounds in paragraph 1 is satisfied. To avoid a finding of submission as a ground for indirect jurisdiction under the draft Convention, the defendant must resist being subjected to the jurisdiction of the court of origin in every manner available before the court of origin, either explicitly before that court, or later before the court addressed, by showing that it did not do so because it had no chance of success. Such actions or arguments by a defendant will, of course, not bar circulation of the judgment if there is another applicable jurisdictional basis under Article 5 or 6. In other words, a defendant cannot simply raise a jurisdictional objection or request that the court of origin decline to exercise its jurisdiction and expect that this will prevent circulation of the judgment under the draft Convention.

#### *Sub-paragraph (g)*

189 **Introduction.** This sub-paragraph recognises a jurisdictional link for judgments on contractual obligations. The rule is the result of a compromise between two approaches. On the one hand, some States consider that the place of performance is a sufficient basis for jurisdiction, without further qualifications. On the other hand, some States require a more "factual" appraisal based on the activities of the defendant in the State of origin. It is worth noting that, because parties to international contracts often include choice of court agreements or arbitration clauses in their contracts, this sub-paragraph may not often be invoked at the enforcement stage.<sup>122</sup>

190 **Place of performance as a starting point.** The starting point of sub-paragraph (g) represents the first approach where the place of performance of a contractual obligation is a basis for recognition and enforcement of a judgment. This formulation means that jurisdiction may vary according to the source of the dispute between the parties. For example, in a contract for the sale of goods, if the vendor files a claim for payment, sub-paragraph (g) will recognise the jurisdiction of a court at the place where the payment was due. But if the purchaser files a claim for delayed delivery, sub-paragraph (g) will refer instead to the courts in the place of delivery. This is unlike other instruments, such as the Brussels I Recast Regulation, that, for certain types of contract, posit a single contractual forum that does not vary depending on the obligation forming the basis of the claim.<sup>123</sup>

191 **The place of performance of the contractual obligation: parties' agreement.** The draft Convention envisages two ways to identify the place of performance of contractual obligations: the contract itself, or the applicable law. If the contract specifies the place for performance of the obligation, a judgment rendered by a court at that place will satisfy the jurisdictional requirement in sub-paragraph (g)(i),

<sup>122</sup> For judgments rendered by the court designated in an agreement, see sub-para. (p) below. For a discussion on the exclusion of arbitration from the draft Convention, see Art. 2(3) above.

<sup>123</sup> See Art. 7(1) of the Brussels I Recast Regulation.

l'obligation y ait été exécutée ou non. Autrement dit, l'accord des parties quant au lieu d'exécution est déterminant. Dans la pratique, il est très fréquent que le lieu d'exécution soit prévu dans les conditions générales d'une des parties ou des deux. La validité de ces conditions contractuelles sera déterminée par le droit de l'État requis, y compris ses règles de droit international privé.

192 Un scénario dans lequel le contrat ne précise pas le lieu d'exécution mais contient une clause de choix de loi pourrait relever de l'alinéa (i) ou de l'alinéa (ii). On peut arguer que « l'accord des parties » comprend un accord sur la loi applicable, qui précisera le lieu d'exécution de l'obligation en question, mais le projet de Convention n'établit pas de règles de choix de loi pour les contrats. Il est possible que dans un État requis, la clause de choix de loi des parties ne produise aucun effet ou qu'elle produise seulement un effet limité en vertu de l'alinéa (g)(i). Aussi, pour rester cohérent avec le champ d'application du projet de Convention, qui n'entend pas fixer de règle de choix de loi, il pourrait être préférable de limiter l'alinéa (g)(ii) aux hypothèses dans lesquelles le contrat précise directement le lieu d'exécution.

193 **Loi applicable.** La seconde situation se produit lorsqu'il n'y a pas d'accord sur le lieu d'exécution ou lorsque l'accord sur le lieu d'exécution n'est pas valable. Dans ce cas, le lieu d'exécution devra être déterminé conformément à la loi du contrat. Le projet de Convention ne précise pas comment cette loi doit être déterminée et laisse donc cette opération au droit de l'État requis, y compris à ses règles de droit international privé.

194 **Exemple.** A introduit contre B dans l'État X une demande en paiement de certaines marchandises livrées à B dans l'État Y, que celui-ci n'a pas payées. Le contrat a été conclu au téléphone et les parties n'ont pas désigné le lieu du paiement. Dans ce cas, si A obtient un jugement en sa faveur, celui-ci sera reconnu et exécuté en vertu de l'alinéa (g) si, conformément à la loi du contrat, le lieu de paiement était l'État X. Le droit de l'État requis, y compris ses règles de droit international privé, déterminera quelle loi régit le contrat.

195 **Garantie : « lien intentionnel et substantiel » avec l'État d'origine.** Lorsque les parties n'ont pas désigné de lieu d'exécution ni choisi de loi applicable, le lieu d'exécution désigné par les règles de choix de loi de l'État requis peut se révéler arbitraire, aléatoire ou insuffisamment connecté à l'opération entre les parties. Reconnaître la compétence de l'État de ce lieu pourrait alors sembler inéquitable à l'égard du défendeur. Par exemple, s'agissant des contrats exécutés en ligne, le lien avec l'État d'origine peut être seulement virtuel et donc insuffisant pour justifier la circulation du jugement en vertu du projet de Convention. C'est pourquoi le projet de Convention autorise le défendeur à s'opposer à la reconnaissance ou à l'exécution d'un jugement rendu dans l'État du lieu d'exécution au motif que les activités du défendeur relatives à la transaction ne présentaient manifestement pas de lien intentionnel et substantiel avec cet État. La charge de la preuve incombe au défendeur (« à moins que ») et le seuil est élevé (« ne présentaient manifestement pas »).

196 Cette clause n'a aucun équivalent dans d'autres instruments ni dans les droits internes, bien qu'elle reflète des préoccupations présentes dans certains systèmes quant à l'équité du traitement réservé aux défendeurs étrangers ou à

leurs droits à un procès équitable<sup>124</sup>. Les adjectifs « intentionnel et substantiel » visent à éviter que la compétence se fonde sur des liens géographiques qui sont arbitraires, aléatoires, ou qui ne présentent pas de lien suffisant avec la transaction entre les parties<sup>125</sup>. Ainsi, par exemple, lorsque le *seul* lien entre le jugement et le tribunal d'origine est le lieu d'exécution d'une unique obligation litigieuse, l'alinéa (g) permettra à un défendeur étranger de s'opposer à l'exécution aux motifs qu'il n'avait manifestement pas l'intention d'exercer des activités suffisamment importantes dans cet État pour justifier sa compétence sur ce défendeur.

#### *Alinéa (h)*

197 **Baux immobiliers.** Cette disposition est un compromis entre deux visions opposées des baux immobiliers. En effet, dans certains États et territoires, les baux immobiliers sont traités comme des droits réels, et les demandes qui les concernent sont soumises à la compétence exclusive de l'État dans lequel l'immeuble est situé, alors que dans d'autres, les baux sont traités comme des contrats (c.-à-d. des droits personnels) sans exclusivité accordée aux tribunaux de l'État dans lequel l'immeuble est situé pour les demandes portant sur le bail.

198 Le projet de Convention adopte la seconde approche comme point de départ. Aux termes de l'alinéa (h), un jugement portant sur un bail immobilier est susceptible d'être reconnu et exécuté s'il a été rendu dans l'État où est situé l'immeuble. Toutefois, cette disposition n'exclut pas l'application d'autres critères de compétence, tel celui de l'alinéa (a), la résidence habituelle du défendeur. Ainsi, un jugement rendu par les tribunaux de l'État de résidence habituelle du défendeur (l'État X) circulera en vertu du projet de Convention même s'il portait sur un bail immobilier relatif à un bien situé dans un autre État (État Y). Cependant, la notion de droit réel est conservée à l'article 6(c), qui pose une exception à cette règle, mais seulement pour les baux de longue durée (plus de six mois) et seulement lorsque la loi de l'État où l'immeuble est situé considère qu'il a compétence exclusive sur cette matière (voir, *infra*, para. 268 à 272).

#### *Alinéa (i)*

199 **Obligations contractuelles garanties par des droits réels.** Cette disposition reconnaît qu'il est efficace de joindre, en une seule procédure, une demande portant sur une obligation contractuelle garantie par un droit réel et une demande relative à ce droit réel<sup>126</sup>. Aux termes de l'article 6(b), l'État dans lequel l'immeuble est situé est seul compétent sur les demandes portant sur des droits réels. Sans l'alinéa (i), il ne serait peut-être pas possible de reconnaître un jugement portant sur la demande contractuelle connexe introduite dans cet État lorsque, par exemple, le débiteur n'y avait pas sa résidence habituelle (alinéa (a)) ou que les paiements n'y étaient pas dus (alinéa (g)).

<sup>124</sup> Pour plus d'informations sur la notion de « lien intentionnel et substantiel » et sur les lois et pratiques des États-Unis d'Amérique en la matière, voir R.A. Brand et C.M. Mariottini, « Note sur le concept de 'lien intentionnel et substantiel' visé à l'article 5(1)(g) et 5(1)(n)(ii) du projet de Convention de février 2017 », Doc. pré-l. No 6 de septembre 2017 à l'attention de la Troisième réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 13 au 17 novembre 2017) (voir chemin d'accès indiqué à la note 47).

<sup>125</sup> Voir *Burger King Corp. c. Rudzewicz*, 471 U.S. 462 (1985), en particulier le juge Brennan, p. 478 et 479.

<sup>126</sup> La jonction de ces deux demandes en une seule procédure est prévisible dans les États ou territoires où la réalisation d'une sûreté sur un immeuble est administrée par la voie judiciaire. Lorsque la réalisation peut être opérée unilatéralement par le créancier, c'est-à-dire lorsque l'exécution extrajudiciaire est autorisée, il suffira d'introduire la demande portant sur l'insuffisance finale, ce qui réduit l'intérêt de cet alinéa pour ces systèmes juridiques.

irrespective of whether performance actually took place in that location. In other words, the parties' agreement as to the place of performance is determinative. In practice, it is very common that the place of performance is included among the general contractual conditions of one or both parties. The validity of such contractual conditions will be determined by the law of the requested State, including its private international law rules.

192 A case where the terms of the contract do not specify the place of performance but the parties have included a choice of law clause in the contract might fit within either sub-paragraph (i) or (ii). Arguably, "the parties agreement" includes an agreement on the applicable law, which will then identify the place of performance of the relevant obligation. But the draft Convention does not establish choice-of-law rules for contracts. It may be that in a given requested State, no effect or a limited effect would be given to the parties' choice of law clause under sub-paragraph (g)(ii). Thus, to be consistent with the scope of the draft Convention, which does not intend to set down choice of law rules, it would be preferable to limit sub-paragraph (g)(i) to cases where the terms of the contract specify the place of performance directly.

193 **Applicable law.** The second situation arises where there is no agreement on the place of performance or where the agreement on the place of performance is not valid. In such a case, the place of performance will have to be identified pursuant to the law governing the contract. The draft Convention does not specify how that law is to be identified and therefore this determination is left to the law of the requested State, including its rules of private international law.

194 **Example.** A brings a claim against B in State X. The basis of the claim is B's failure to pay for certain goods delivered to B in State Y. The contract was concluded by telephone and the parties did not designate the place of payment. In this case, if A obtains a favourable judgment, it will be recognised and enforced under sub-paragraph (g), if in accordance with the law governing the contract, the place of payment was State X. The law of the requested State, including its private international law rules, will determine which law governs that contract.

195 **Safeguard: "purposeful and substantial connection to the State of origin"**. In cases where the parties have not designated the place of performance and have not chosen an applicable law, the place of performance designated by the requested State's choice of law rules may point to a place that is arbitrary, random or insufficiently related to the transaction between the parties. Recognising the jurisdiction of the State of such a place might be considered unfair to the defendant. For example, in the case of contracts performed online the connection with the State of origin may be merely virtual and therefore insufficient to justify circulation of the judgment under the draft Convention. Accordingly, the draft Convention allows the defendant to resist recognition or enforcement of a judgment rendered in the State of the place of performance on the basis that the defendant's activities in relation to the transaction clearly did not constitute a purposeful and substantial connection to that State. The burden of proof is on the defendant ("unless") and a high threshold ("clearly did not constitute").

196 This clause has no counterpart in other instruments or national laws, although it reflects concerns in some systems about the fairness afforded to foreign defendants or to their

due process rights.<sup>124</sup> The terms "purposeful and substantial" are meant to avoid jurisdiction being based on geographical links that are arbitrary, random or insufficiently related to the transaction between the parties.<sup>125</sup> Thus, for example, where the judgment is connected to the court of origin *solely* on the basis that it is the place of performance of a single disputed obligation, sub-paragraph (g) will allow the foreign defendant to resist enforcement on the grounds that the defendant clearly did not intend to engage in activities in that State in a manner significant enough to justify its jurisdiction over that defendant.

#### *Sub-paragraph (h)*

197 **Tenancy of immovable property.** This provision is a compromise between two conflicting views in relation to tenancies over immovable property. In some jurisdictions, tenancies over immovable property are treated in the same way as rights *in rem* and claims regarding them are subject to the exclusive jurisdiction of the State where the property is situated. In other jurisdictions, tenancies are treated as contracts (*i.e.*, rights *in personam*) without the accompanying exclusivity accorded to the courts of the State where the immovable property is located for claims related to the tenancy.

198 The draft Convention takes the second approach as its starting point. In accordance with sub-paragraph (h), a judgment that rules on a tenancy of immovable property is eligible for recognition and enforcement if it was given in the State in which the property is situated. But this provision does not exclude the application of other jurisdictional filters, for example sub-paragraph (a), *i.e.*, the habitual residence of the defendant. Thus, a judgment given by the courts of the State where the defendant was habitually resident (State X) will circulate under the draft Convention even if it ruled on a tenancy over an immovable property located in another State (State Y). However, the *in rem* conception is retained in Article 6(c), which lays down an exception to this rule, but only for long-term tenancies (more than six months), and only where the law of the State where the immovable is situated considers that it has exclusive jurisdiction over the matter (see *infra* paras 268-272).

#### *Sub-paragraph (i)*

199 **Contractual obligations secured by rights *in rem*.** This provision recognises that it is efficient to allow a claim on a contractual obligation secured by a right *in rem* to be joined with a claim relating to that right *in rem* in the same proceeding.<sup>126</sup> Under Article 6(b), only the State where the immovable is located is considered to have jurisdiction with respect to *in rem* claims. Without sub-paragraph (i), it might not be possible to recognise a judgment on the related contractual claim brought in that State where, for example, the debtor was not habitually resident in that State (sub-para. (a)) or if payments were not due in that State (sub-para. (g)).

<sup>124</sup> For information of the concept of "Purposeful and Substantial Connection" and of the relevant laws and practice in the United States of America, see R.A. Brand and C.M. Mariottini, "Note on the concept of 'Purposeful and Substantial Connection' in Article 5(1)(g) and 5(1)(n)(ii) of the February 2017 draft Convention", Prel. Doc. No 6 of September 2017 for the attention of the Third Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2017) (see path indicated in note 47).

<sup>125</sup> See *Burger King Corp. v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462 (1985), especially Brennan J. at pp. 478-479.

<sup>126</sup> Combining these two claims in a single proceeding is to be expected in jurisdictions where the realisation of a security on an immovable is judicially administered. Where realisation can be unilaterally effected by the creditor, that is, where extrajudicial enforcement is permitted, only the claim on the eventual deficiency will need to be brought, reducing the relevance of this sub-paragraph for those legal systems.

200 **Exemple.** D, qui réside habituellement dans l'État X, achète un immeuble dans l'État Y, garanti par une hypothèque consentie par une banque de l'État Z. La convention d'hypothèque prévoit que les paiements sont dus dans l'État Z. D manque à ses obligations de paiement en vertu de l'hypothèque et la banque engage une procédure dans l'État Y afin d'obtenir la vente judiciaire du bien ainsi qu'un jugement contre D en cas d'insuffisance résultant de la vente judiciaire. Le bien est vendu pour un montant inférieur à la somme restant due au titre de l'hypothèque. Le jugement du tribunal dans l'État Y déclarant D responsable de l'insuffisance pourra être exécuté dans l'État X en vertu de l'alinéa (i).

#### Alinéa (j)

201 **Introduction.** Cet alinéa définit le critère de compétence pour la reconnaissance ou l'exécution des jugements en matière d'obligations non contractuelles. Là encore, ce lien n'est pas nécessaire si la personne contre laquelle l'exécution est demandée avait sa résidence habituelle dans l'État d'origine au moment à considérer (alinéa (a)). En ce qui concerne le défendeur devant le tribunal d'origine, cette disposition serait donc limitée à des jugements portant sur des demandes contre des défendeurs étrangers devant le tribunal d'origine. Il est vrai que ce sont les hypothèses dans lesquelles l'exécution hors de l'État d'origine est la plus probable, à supposer que le défendeur soit jugé responsable et condamné à payer une réparation.

202 Le projet de Convention ne définit pas les obligations non contractuelles, pas plus qu'il ne définit les obligations contractuelles à l'alinéa (g). En principe, ces notions doivent être définies de manière autonome par les juridictions nationales afin de promouvoir une application uniforme du projet de Convention (voir art. 21). L'application de cet alinéa est toutefois limitée à certains types de préjudice.

203 **Obligations non contractuelles résultant d'un décès, d'un dommage corporel, d'un dommage subi par un bien corporel ou de la perte d'un bien corporel.** Cette disposition ne couvre pas toutes les demandes portant sur des obligations non contractuelles. Son champ d'application se limite aux obligations résultant de deux types de dommages : les dommages aux personnes et les dommages aux biens. Même à l'intérieur de ces catégories, cette disposition est circonscrite aux dommages corporels (décès compris) et aux dommages aux biens corporels (dommage ou perte). Elle ne s'appliquera pas lorsque la demande est fondée sur des préjudices sans lien avec un dommage corporel ou avec un dommage à un bien corporel.

204 **Le lieu où s'est produit l'acte ou l'omission à l'origine du dommage.** Le projet de Convention a adopté un critère de compétence étroit pour les obligations non contractuelles : il se limite au lieu de l'acte (ou de l'omission) directement à l'origine du dommage. Cette règle diffère des systèmes juridiques nationaux et régionaux qui reconnaissent également la compétence exercée par le tribunal de l'État où s'est produit le dommage<sup>127</sup>. Cette restriction à un seul lien de compétence, et la limite posée aux types de préjudice notée plus haut, peut réduire les difficultés d'interprétation qui se posent dans d'autres systèmes. À titre d'exemple, les arguments selon lesquels certains types de dommages corporels sont seulement « indirects » sont souvent soulevés au regard de dommages non corporels subis par des victimes par ricochet, dont le préjudice résulte d'un

dommage corporel subi par une autre personne ou du décès de celle-ci. Un exemple évident est celui d'un conjoint ou d'un enfant alléguant un préjudice moral ou économique consécutif au décès d'un conjoint ou d'un parent imputable à un acte délictueux. Il est possible que les demandes de personnes à charge fondées sur un décès dû à une faute délictuelle ne soient pas couvertes par l'alinéa (j) puisque cette disposition exclut les préjudices non physiques et ne vise que les préjudices directs. Toutefois, puisque l'alinéa (j) traite des obligations non contractuelles résultant d'un décès, il est possible que ces demandes émanant de personnes à charge soient incluses dans ce critère de compétence<sup>128</sup>.

205 Cela étant, le texte de l'alinéa (j) dispense de toute question quant au caractère suffisant des douleurs et des souffrances qui perdurent dans l'État d'origine à la suite d'un dommage corporel subi dans un autre État pour justifier la compétence dans l'État d'origine<sup>129</sup>. En effet, la restriction au lieu où s'est produit le dommage opérée par l'alinéa (j) ne laisse pas de place pour un autre critère de compétence fondé sur le lieu du « préjudice continu ». D'autres difficultés d'interprétation relatives à l'exclusion du lieu du dommage à l'alinéa (j) peuvent tout de même se poser. Il est possible, par exemple, qu'un jugement prononcé contre un fabricant étranger dans l'État où le demandeur prétend que le dommage corporel s'est produit ne satisfasse pas aux conditions énoncées à l'alinéa (j) si l'on considère que l'acte (défaut de conception ou de production) a été commis dans l'État où se situe le fabricant. Cependant, si la demande porte sur une allégation d'absence d'avertissement, on pourrait arguer que cette omission s'est produite sur le lieu du dommage corporel, où le produit a été vendu ou utilisé<sup>130</sup>. Si l'État requis considère que le lieu de l'omission est plus une question de droit qu'une question de fait, le champ d'application de l'alinéa (j) peut varier en fonction du traitement réservé à cette question dans l'État requis<sup>131</sup>.

#### Alinéa (k)

206 **Introduction.** Cet alinéa s'applique aux jugements portant sur la validité, l'interprétation, les effets, l'administration ou la modification d'un trust<sup>132</sup>. Comme le précise sa dernière partie, il ne couvre que les jugements portant sur les aspects internes du trust. Ceux qui portent sur des litiges entre les parties au trust et des tiers doivent être considérés en vertu des autres dispositions du paragraphe premier.

207 **Trusts.** Le terme « trust » n'est pas défini dans le projet de Convention. C'est essentiellement une notion de *common law* qui n'est pas toujours connue dans les autres systèmes juridiques. Ce terme est toutefois défini à l'article 2 de la *Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* (ci-après, la « Convention Trust de 1985 ») aux fins de cette Convention<sup>133</sup>. Cette définition sera instructive dans l'hypo-

<sup>128</sup> C'est une question d'interprétation, qui doit être guidée par l'uniformité d'interprétation.

<sup>129</sup> Voir *Club Resorts c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 RCS 572, para. 89 (Cour suprême du Canada).

<sup>130</sup> De fait, la détermination du lieu d'une omission est notoirement difficile. Voir H.P. Glenn, « Where is an omission? », *Canadian Bar Review*, vol. 59, p. 840, 1981.

<sup>131</sup> Autrement dit, le tribunal requis peut se référer à son droit interne ou à la loi applicable à la question conformément à ses règles de choix de loi. Rapport Nygh/Pocar, para. 141. C'est une question d'interprétation, qui doit être guidée par l'uniformité d'interprétation.

<sup>132</sup> Aux termes de l'article 8 de la Convention Trust de 1985, qui reflète sur ce point la doctrine établie en *common law*, ces questions sont déterminées par la loi qui régit le trust.

<sup>133</sup> Cette Convention est en vigueur dans 14 États contractants : Australie, Canada, République populaire de Chine (RAS de Hong Kong), Chypre, Italie, Liechtenstein, Luxembourg, Malte, Monaco, Paraguay, Pays-Bas, Royaume-Uni, Saint-Marin et Suisse.



**200 Example.** D, habitually resident in State X, purchases an immovable property in State Y, secured by a mortgage granted by a bank in State Z. The mortgage agreement provides that payments are due in State Z. D defaults on the mortgage and the bank takes proceedings in State Y to obtain a judicial sale of the property and a judgment against D for any deficiency resulting from the judicial sale. The property sells for less than the amount remaining on the mortgage. The judgment from the court in State Y declaring D liable for the deficiency will be enforceable in State X under sub-paragraph (i).

#### *Sub-paragraph (j)*

**201 Introduction.** This sub-paragraph defines the jurisdictional condition for recognition or enforcement of judgments in matters concerning non-contractual obligations. Again, this connection is not necessary if the person against whom enforcement is sought was habitually resident in the State of origin at the relevant time (sub-para. (a)). With respect to the defendant in the court of origin, this provision would thus be limited to judgments in claims against foreign defendants in the court of origin. Those are, admittedly, the situations where enforcement outside the State of origin are more likely to occur, assuming the defendant is found liable and ordered to pay compensation.

**202** The draft Convention does not define non-contractual obligations, just as it does not define contractual obligations in sub-paragraph (g). In principle, these concepts must be defined by national courts in an autonomous manner, in order to promote uniformity in the application of the draft Convention (see Art. 21). The application of this sub-paragraph is, however, limited to certain types of harm suffered.

**203 Non-contractual obligations arising from death, physical injury, damage to or loss of tangible property.** Not all claims involving non-contractual obligations are covered by this provision. It is limited in scope to obligations arising from two types of injuries: to persons and to property. Even within these categories, the provision is limited to physical injury (including death) for individuals, and to tangible property (damage or loss). This provision will not apply where the claim is based on losses that are not connected to a physical injury or to damage to tangible property.

**204 The place where the act or omission causing the harm occurred.** The draft Convention has adopted a narrow basis for indirect jurisdiction for non-contractual obligations: it is limited to the place of the act (or omission) directly causing the harm. This differs from national and regional legal systems that also recognise jurisdiction exercised by the court in the State where the harm occurred.<sup>127</sup> This restriction to a single jurisdictional connection, and the limitation on the types of harm noted above, may reduce interpretive difficulties that have arisen in other systems. For example, arguments that some types of injuries are merely “indirect” often arise with respect to non-physical injuries suffered by so-called secondary victims,

<sup>127</sup> Of course this is only relevant if this place is different from the place of the act or omission. See Brussels I Recast Regulation, Art. 7(2) as interpreted by the ECJ; see also Nygh/Pocar Report, paras 135-149.

whose losses arise as a consequence of a physical injury or death suffered by another person. An obvious example is that of a spouse or child claiming for moral or economic loss subsequent to the wrongful death of a spouse or parent. It is possible that claims by dependents pursuant to wrongful death will not be covered by sub-paragraph (j) because that provision excludes non-physical injuries and deals only with harm directly caused. Alternatively, as sub-paragraph (j) deals with non-contractual obligations arising from death, such claims for dependents may well be included within this jurisdictional filter.<sup>128</sup>

**205** On the other hand, the wording of sub-paragraph (j) eliminates any question whether continuing pain and suffering in the State of origin consequent to a physical injury suffered in another State is sufficient to justify jurisdiction in the State of origin.<sup>129</sup> By restricting sub-paragraph (j) to the place where the wrong occurred, there is no room for an alternative jurisdictional basis at the place of the “continuing injury”. Other interpretive difficulties relating to the exclusion of the place of injury in sub-paragraph (j) may still arise. For example, a judgment brought against a foreign manufacturer in the State where a physical injury allegedly occurred may not satisfy the requirements under sub-paragraph (j), if the place of the act (defective design or production) is understood to be in the State where the manufacturer is located. However, if the claim is based on an alleged failure to warn, it might be argued that this omission occurred at the place of injury, where the product was sold or used.<sup>130</sup> If the location of the omission is considered to be a question of law rather than one of fact in the requested State, the scope of sub-paragraph (j) may vary according to the way in which this question is resolved in the requested State.<sup>131</sup>

#### *Sub-paragraph (k)*

**206 Introduction.** This sub-paragraph applies to judgments concerning the validity, construction, effects, administration or variation of a trust.<sup>132</sup> As specified in the final part of sub-paragraph (k), only judgments dealing with disputes internal to the trust are included. Judgments dealing with disputes between the parties to the trust and third parties must be considered under other provisions of paragraph 1.

**207 Trusts.** The term “trust” is not defined in the draft Convention. It is essentially a common law concept and may not be known in other legal systems. It is, however, defined in Article 2 of the *Hague Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition* (hereinafter, the “1985 Trusts Convention”) for the purposes of that Convention.<sup>133</sup> That definition will be in-

<sup>128</sup> It is a matter of interpretation, which should be guided by uniform interpretation.

<sup>129</sup> See *Club Resorts v. Van Breda*, 2012 SCC 17, at para. 89 (Supreme Court of Canada).

<sup>130</sup> Indeed, it is notoriously difficult to determine the location of an omission. See H.P. Glenn, “Where is an omission?”, *Canadian Bar Review*, Vol. 59 (840) 1981.

<sup>131</sup> In other words, the requested court may look to its domestic law or to the law applicable to the issue according to its choice of law rules. Nygh/Pocar Report, para. 141. It is a matter of interpretation, which should be guided by uniform interpretation.

<sup>132</sup> According to Art. 8 of the 1985 Trusts Convention which on this point reflects established common law doctrine, these matters are determined by the law governing the trust.

<sup>133</sup> At the time of writing this Convention is in force in 14 Contracting States: Australia, Canada, People’s Republic of China (Hong Kong SAR), Cyprus, Italy, Liechtenstein, Luxembourg, Malta, Monaco, the Netherlands, Paraguay, San Marino, Switzerland and the United Kingdom.

thèse où se poserait une question de définition parce qu'elle indique les attributs d'un trust conformément aux notions existant en *common law*<sup>134</sup>.

208 Cet alinéa s'applique à un trust constitué volontairement par acte entre vifs ou par testament et documenté par écrit<sup>135</sup>. Il ne couvre pas les situations dans lesquelles en *common law*, un « *resulting trust* » ou un « *constructive trust* » est imposé par la loi. Bien que le trust doive être constitué volontairement, il n'est pas nécessaire qu'il résulte d'un accord ; il peut être créé unilatéralement par un acte constitutif de trust ou par testament. L'exclusion des testaments et successions du champ d'application matériel du projet de Convention (art. 2(1)(d)) n'est pas contradictoire avec l'inclusion des trusts créés par voie testamentaire à l'alinéa (k). L'article 2(1)(d) exclut les questions préalables, telles les questions portant sur la validité du testament et son interprétation, même dans la mesure où elles concernent la validité et la signification du trust. En revanche relèvent de l'alinéa (k) les questions susceptibles de se poser au cours de l'administration d'un trust valablement créé par voie testamentaire<sup>136</sup>.

209 **Désignation d'un État pour la résolution des litiges énumérés.** L'alinéa (k) envisage deux critères de compétence alternatifs en fonction de l'acte constitutif du trust. La première option est la situation dans laquelle l'acte constitutif du trust désigne les tribunaux d'un État pour trancher les litiges relatifs à la validité, à l'interprétation, aux effets, à l'administration ou à la modification du trust. Si cet État est l'État d'origine, le critère de compétence est rempli. L'alinéa (k)(i) n'impose pas que la désignation dans l'acte soit exclusive. En outre, la désignation doit figurer dans l'acte au moment de l'introduction de l'instance. Aucune modification ultérieure de la désignation ne pourra faire obstacle à la reconnaissance du jugement à une date ultérieure.

210 **Désignation du lieu d'administration du trust.** La seconde option exige que l'acte constitutif du trust désigne, de façon expresse ou implicite, l'État dans lequel se situe le lieu principal d'administration du trust. Si cet État est l'État d'origine, le critère de compétence est rempli. Comme pour la première option, cette désignation doit précéder le moment de l'introduction de l'instance. Une modification ultérieure de la désignation n'entraînera pas rétroactivement le lien au moment de la reconnaissance ou de l'exécution du jugement.

211 Ces options sont alternatives et un jugement rendu par un État désigné selon l'une ou l'autre modalité satisfera au critère de compétence de l'alinéa (k)<sup>137</sup>.

212 **Aspects internes.** La dernière phrase de l'alinéa (k) limite la compétence aux litiges internes au trust, c'est-à-dire aux litiges entre des personnes au sein de la relation établie par le trust (comme le constituant, le *trustee* et les bénéficiaires) et non entre des personnes extérieures au trust. L'emploi du présent et du passé dans l'expression « *étant ou ayant été* au sein de la relation établie par le trust » préserve la compétence sur une personne qui a été au sein de la relation établie par le trust mais qui n'était plus dans cette situation au moment de la reconnaissance ou de l'exécution. Les jugements portant sur des litiges entre les parties au trust et des tiers doivent être considérés en vertu des autres dispositions du paragraphe premier.

<sup>134</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 150.

<sup>135</sup> C'est également la limite de l'application de la Convention Trust de 1985 (voir art. 3).

<sup>136</sup> Voir, pour une exclusion similaire, la Convention Trust de 1985 (art. 4).

<sup>137</sup> Dans le cas de l'alinéa (k)(ii), il faut souligner que la reconnaissance et l'exécution d'un tel jugement peut néanmoins être refusée en vertu de l'art. 7(1)(d).

#### Alinéa (l)

213 **Introduction.** Cet alinéa établit une compétence indirecte pour les demandes reconventionnelles. Dans de nombreux systèmes juridiques, un défendeur peut réagir à une demande non seulement en se défendant directement contre cette demande, ce qui aurait pour effet d'éteindre en tout ou partie la demande du plaignant, mais aussi en soumettant lui-même une demande sollicitant un jugement à l'encontre du demandeur initial, que l'on appelle demande reconventionnelle<sup>138</sup>. Exemple : dans un contrat de vente de marchandises avec paiement échelonné, si le vendeur poursuit l'acheteur en paiement du solde du prix, ce dernier peut se défendre en prétendant que cette somme n'est pas due et ajouter une demande reconventionnelle de dommages et intérêts au motif que les marchandises ont été livrées en retard. Il n'est pas nécessaire que la demande reconventionnelle découle du même contrat, mais elle doit en général avoir un lien avec la relation entre les parties. Alors que la demande reconventionnelle aurait pu être introduite séparément dans une autre procédure, il est jugé plus efficace de permettre qu'elle soit soumise dans le cadre de la procédure initiale. Dans certains États et territoires et sous certaines conditions, le défendeur peut même avoir l'obligation de soumettre sa demande sous forme de demande reconventionnelle. À défaut, on considère qu'il a renoncé à la demande et elle ne peut être présentée ultérieurement dans une autre procédure<sup>139</sup>.

214 L'alinéa (l) prévoit deux critères de compétence selon que le jugement portant sur la demande reconventionnelle a été favorable au demandeur reconventionnel ou qu'elle ne l'a pas été. Ce traitement différencié vise à concilier les intérêts des parties au regard de la demande reconventionnelle et à tenir compte de la possibilité que le droit procédural du tribunal d'origine impose une demande reconventionnelle.

215 **Jugements en faveur du demandeur reconventionnel.** Lorsque la demande reconventionnelle aboutit (alinéa (l)(i)), le fait que le défendeur/demandeur reconventionnel ait été contraint de soumettre sa demande sous forme de demande reconventionnelle ne lui a pas porté préjudice. Par conséquent, aucune exception d'incompétence ne peut s'opposer à la circulation lorsque la demande reconventionnelle aboutit. Pour satisfaire à cette condition et pour garantir l'équité vis-à-vis du demandeur initial/défendeur à la demande reconventionnelle, celle-ci doit porter sur la même transaction ou sur les mêmes faits que la demande principale. Le demandeur initial a consenti à la compétence du tribunal d'origine en introduisant volontairement sa demande devant ce tribunal ; il est donc légitime que cette juridiction puisse aussi statuer sur une demande reconventionnelle, mais seulement dans la mesure où elle découle de la même transaction ou des mêmes faits.

216 Le terme anglais « *transaction* » a été employé pour rendre le français « relation contractuelle » parce qu'il est plus large que l'expression « *contractual relationship* ». Autrement dit, il n'est pas nécessaire que la demande reconventionnelle découle du contrat sur lequel la demande initiale s'est fondée ; elle peut résulter d'un autre contrat connexe qui s'inscrit dans une relation contractuelle plus large entre les parties. De la même façon, le terme anglais « *occurrence* » a été employé pour rendre le français « des

<sup>138</sup> Selon le Rapport Nygh/Pocar, para. 199, une demande reconventionnelle se distingue du « *set-off* » en droit anglais et de la « compensation » en français par lequel le défendeur invoque l'existence d'une dette du demandeur à son égard pour réduire ou éteindre la créance invoquée par le demandeur. Les opinions sur ce point peuvent avoir évolué depuis 2001.

<sup>139</sup> Par ex., en vertu de l'art. 13 du Règlement fédéral de procédure civile des États-Unis d'Amérique.

structive if any question of definition arises because it recites the attributes of a trust according to existing common law concepts.<sup>134</sup>

208 This sub-paragraph applies to a trust created voluntarily and evidenced in writing whether between living persons or by testament.<sup>135</sup> It does not include situations whereby at common law a resulting or constructive trust is imposed by law. Although the trust must be created voluntarily it need not be the product of an agreement: it can be created unilaterally by a trust deed or in a testamentary instrument. The exclusion of wills and succession from the substantive scope of the draft Convention (Art. 2(1)(d)) does not conflict with the inclusion of testamentary trusts within sub-paragraph (k). Art. 2(1)(d) excludes preliminary issues, such as questions as to the validity of the will and its interpretation even insofar as they relate to the validity and meaning of the trust. But other issues arising in the course of the administration of a testamentary trust which has been validly created are covered by sub-paragraph (k).<sup>136</sup>

**209 Designation of a State for determination of listed issues.** Sub-paragraph (k) envisages two alternative bases of jurisdiction depending on the instrument creating the trust. The first option is where the trust instrument designates the courts of a State for the determination of the validity, construction, effects, administration or variation of the trust. If that State is the State of origin, the jurisdictional criterion is met. Sub-paragraph (k)(i) does not require that the designation in the instrument be exclusive. Moreover, the designation must be included in the instrument at the time the proceedings were instituted. Any later modification of the designation will not bar recognition of the eventual judgment at a later date.

**210 Designation of the place of administration of the trust.** The second option depends on the trust instrument containing an express or implied designation of the State in which the principal place of administration of the trust is situated. If that State is the State of origin, the jurisdictional criterion is met. As with the first option above, the designation must exist at the time the proceedings are instituted. Later variation of the designation will not retroactively extinguish the connection at the moment of recognition or enforcement of the judgment.

211 These options are alternatives and a judgment rendered by a State that is designated in either manner will satisfy the jurisdictional criterion in sub-paragraph (k).<sup>137</sup>

**212 Internal aspects.** The final sentence of the sub-paragraph (k) limits jurisdiction to disputes that are internal to the trust, *i.e.*, disputes between persons within the trust relationship (such as the settlor, the trustee and the beneficiaries), and not persons external to the trust. The use of “*are or were* within the trust relationship” preserves jurisdiction over a person who was within the trust relationship but was no longer in such a position at the time of recognition or enforcement. Judgments dealing with disputes between the parties to the trust and third parties must be considered under other provisions of paragraph 1.

#### *Sub-paragraph (l)*

**213 Introduction.** This sub-paragraph establishes indirect jurisdiction for counterclaims. In many legal systems, a defendant may respond to a claim not only by a direct defence against that claim, which would have the effect of wholly or partially extinguishing the plaintiff’s claim; but also by making an independent claim of its own that seeks a judgment against the original claimant, called a counterclaim.<sup>138</sup> For example, in a contract for the sale of goods on instalment, if the vendor sues for payment of the remaining part of the price, the purchaser can defend against that claim on the basis that this amount is not due and add a counterclaim for damages on the basis that the goods were delivered late. The counterclaim does not need to arise from the same contract but typically has to be connected to the relationship between the parties. While the counterclaim could have been brought separately in another proceeding, it is considered more efficient to allow it to be advanced within the initial proceeding. In some jurisdictions and in certain circumstances, it may even be compulsory for the defendant to bring its own claim as a counterclaim or that claim is considered waived and cannot be brought later in a separate proceeding.<sup>139</sup>

214 Sub-paragraph (l) contains two bases of jurisdiction depending on whether the judgment on the counterclaim was in favour or against the counterclaimant. The differential treatment of successful and unsuccessful counterclaims is included to balance the interests of the parties with regard to the counterclaim and to account for the possibility of compulsory counterclaims under the procedural law in the court of origin.

**215 Judgments in favour of the counterclaimant.** Where the counterclaim is successful (sub-para. (l)(i)), the defendant/counterclaimant suffered no prejudice from having been forced to bring its claim as a counterclaim. Therefore, there is no jurisdictional exception to circulation where the counterclaim is successful. To satisfy this condition, and to ensure fairness to the original claimant/defendant in the counterclaim, the counterclaim must arise out of the transaction or occurrence on which the original claim is based. The original claimant consented to the jurisdiction of the court of origin by voluntarily bringing a claim before that court. It is therefore legitimate that this jurisdiction may also rule on a counterclaim but only insofar as it derives from the same transaction or occurrence.

216 The English word “transaction” has been used as the counterpart of the French “*relation contractuelle*” because it has a wider scope than “contractual relationship”. In other words, the counterclaim need not arise out of the actual contract on which the original claim is based: it may arise out of another collateral contract which is part of the wider transaction between the parties. Similarly, the English word “occurrence” has been used to represent the French “*des*

<sup>134</sup> Nygh/Pocar Report, para. 150.

<sup>135</sup> This is also the limit of application of the 1985 Trusts Convention (see Art. 3).

<sup>136</sup> See, for a similar exclusion, the 1985 Trusts Convention (Art. 4).

<sup>137</sup> In the case of sub-para. (k)(ii), it should be noted that recognition and enforcement of such a judgment may nevertheless be refused under Art. 7(1)(d).

<sup>138</sup> According to the Nygh/Pocar Report, para. 199, a counterclaim is distinguished from a defence of “set-off” or “compensation” according to which a defendant relies upon a debt due by the claimant to extinguish or reduce the debt claimed from the defendant. Views on this may have evolved since 2001.

<sup>139</sup> For example, under Rule 13 of the U.S. Federal Rules of Civil Procedure.

faits » afin de souligner que les faits sur lesquels est fondée la demande reconventionnelle ne doivent pas être identiques, et qu'ils peuvent résulter d'un ensemble de circonstances plus large, quoique lié<sup>140</sup>.

**217 Jugements rendus contre le demandeur reconventionnel.** Lorsque le demandeur reconventionnel est débouté, il n'est pas nécessaire de protéger le demandeur initial en imposant un lien étroit. L'intérêt du demandeur initial est précisément de bénéficier du projet de Convention. Et le demandeur reconventionnel a implicitement consenti à la compétence du tribunal d'origine en introduisant la demande reconventionnelle. Puisque, fondamentalement, le défendeur est un demandeur au regard de la demande reconventionnelle, ce critère de compétence peut reproduire l'alinéa (c). Mais le raisonnement ci-dessus présuppose que le demandeur reconventionnel ait volontairement introduit la demande reconventionnelle. Par conséquent, pour tenir compte de la possibilité que la loi de l'État d'origine ait imposé la demande reconventionnelle, l'alinéa (l)(ii) apporte une protection au demandeur reconventionnel au cas où sa demande échouerait. Dans ces circonstances, le demandeur reconventionnel débouté ne serait pas empêché d'introduire la même demande ailleurs.

**218** Il faut souligner que cette disposition ne fait pas obstacle à la circulation du jugement portant sur la demande reconventionnelle si un autre critère de compétence prévu au paragraphe premier s'applique. Exemple : si le demandeur reconventionnel a sa résidence habituelle dans l'État d'origine, le jugement rendu contre lui répond au critère de l'alinéa (a) et l'exception prévue pour les demandes reconventionnelles obligatoires à l'alinéa (l)(ii) ne protégera pas ce demandeur reconventionnel débouté. De même, si le demandeur initial a sa résidence habituelle dans l'État d'origine, la demande reconventionnelle qui aboutit satisfera aussi à l'alinéa (a), même si elle ne résulte pas de la même transaction.

*Alinéa (m)*

**219 Introduction.** Cet alinéa reconnaît un critère de compétence fondé sur le consentement exprès. Lorsque les parties se sont entendues à l'avance sur le for qui réglera leurs différends, un jugement rendu dans ce for est considéré équitable pour les deux parties et satisfera généralement aux critères de compétence requis aux fins de la reconnaissance et de l'exécution dans l'État requis. La Convention Élection de for de 2005 prévoit la reconnaissance et l'exécution des accords exclusifs d'élection de for et des jugements qui en résultent. La définition d'un accord d'élection de for donnée à l'alinéa (m) est tirée de la Convention Élection de for de 2005, tant en ce qui concerne la forme de l'accord que son caractère exclusif ou non exclusif. L'interprétation homogène de ces deux instruments devrait être ainsi garantie.

**220 Rapport avec la Convention Élection de for de 2005.** Le projet de Convention s'efforce d'éviter les chevauchements avec la Convention Élection de for de 2005. C'est la raison pour laquelle il ne traite que des accords non exclusifs d'élection de for à l'alinéa (m). Le tribunal de l'État requis peut ainsi considérer que le tribunal d'origine était compétent lorsque l'accord des parties l'a désigné comme un tribunal devant lequel elles pourraient porter leurs différends mais pas lorsque la désignation exclut tous les autres

tribunaux. Dans ce dernier cas, seule la Convention Élection de for de 2005 s'appliquera<sup>141</sup>.

**221 Accords non exclusifs.** Le projet de Convention définit négativement les accords non exclusifs. Il donne une définition d'un « accord exclusif d'élection de for » tirée de l'article 3(a) de la Convention Élection de for de 2005 et déclare que le projet de Convention s'applique à tout accord « autre qu'un accord exclusif d'élection de for ». En outre, la Convention Élection de for de 2005 présume qu'un accord d'élection de for qui désigne les tribunaux d'un État ou un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État est réputé exclusif sauf si les parties sont convenues expressément du contraire (art. 3(b)). En principe, l'approche suivie par le projet de Convention évite tout vide juridique entre les deux instruments.

**222** Un accord non exclusif d'élection de for peut revêtir différentes formes. Il peut comprendre une liste de tribunaux de différents États parmi lesquels le demandeur peut (ou doit) choisir. Il peut simplement indiquer que les parties conviennent de ne pas contester la compétence si la demande est introduite devant un tribunal désigné. Il peut aussi être « asymétrique » (ou « hybride »), c'est-à-dire qu'il est exclusif pour une partie, mais non exclusif pour l'autre. Les clauses asymétriques ne sont pas considérées comme exclusives en vertu de la Convention Élection de for de 2005 et peuvent donc entrer dans le champ d'application du projet de Convention<sup>142</sup>. Le Rapport Hartley/Dogauchi donne des exemples concrets d'accords non exclusifs d'élection de for :

- « Les tribunaux de l'État X disposeront d'une compétence non exclusive pour connaître de procédures dans le cadre du présent contrat. »
- « Les procédures dans le cadre du présent contrat pourront être engagées devant les tribunaux de l'État X, mais cela n'interdira pas les procédures devant les tribunaux de tout autre État compétents selon son droit. »
- « Les procédures dans le cadre du présent contrat pourront être engagées devant le tribunal A de l'État X ou le tribunal B de l'État Y, à l'exclusion de tout autre tribunal. »
- « Les procédures à l'encontre de A pourront être engagées exclusivement au lieu de résidence de A dans l'État A ; les procédures à l'encontre de B pourront être engagées exclusivement au lieu de résidence de B dans l'État B. »

**223** Le projet de Convention, comme la Convention Élection de for de 2005, limite l'application de ce critère de compétence aux accords conclus ou documentés par écrit ou par tout autre moyen de communication qui rend l'information accessible pour être consultée ultérieurement<sup>143</sup>. Par conséquent, les accords verbaux ne bénéficient pas de cet alinéa.

**224 Exemples.** L'accord écrit entre A (qui a sa résidence habituelle dans l'État X) et B (qui a sa résidence habituelle dans l'État Y) contient la clause suivante : « Pour tout litige découlant du présent contrat, les parties reconnaissent la compétence des tribunaux de l'État Z. » À la suite d'un litige que les parties ne parviennent pas à résoudre à l'ami-

<sup>140</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 200. Cette formulation est à contraster avec la formulation plus étroite de l'art. 8(3) du Règlement Bruxelles I bis, qui indique « du contrat ou du fait sur lequel est fondée la demande originaire ».

<sup>141</sup> Pour plus de détails sur la relation entre la Convention Élection de for de 2005 et le projet de Convention, voir, *infra*, para. 420 à 425.

<sup>142</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 32, 106 et 249.

<sup>143</sup> Voir, sur cette exigence de forme, le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 110 à 114.

*faits*” to emphasise that the facts on which the counterclaim is based need not be identical and may arise out of a broader, but still related, set of circumstances.<sup>140</sup>

**217 Judgments against the counterclaimant.** Where the counterclaim fails, however, there is no need to protect the original claimant by imposing a close connection requirement. The interest of the original claimant is precisely to benefit from the draft Convention. And the counterclaimant implicitly consented to the jurisdiction of the court of origin by bringing the counterclaim. Since the defendant is essentially a claimant with respect to the counterclaim, this jurisdictional criterion may replicate sub-paragraph (c). But the above rationale presupposes that the counterclaimant voluntarily brought the counterclaim. Therefore, to account for the possibility that the counterclaim was compulsory under the law of the State of origin, sub-paragraph (l)(ii) provides protection to the counterclaimant if the counterclaim should fail. In those circumstances, the losing counterclaimant would not be prevented from instituting the same claim elsewhere.

218 Importantly, this provision will not prevent circulation of the judgment on the counterclaim if another jurisdictional filter in paragraph 1 applies. For example, if the counterclaimant is habitually resident in the State of origin, the judgment against that counterclaimant will satisfy sub-paragraph (a) and the exception for compulsory counterclaims in sub-paragraph (l)(ii) will not protect that unsuccessful counterclaimant. Similarly, if the original claimant is habitually resident in the State of origin, the successful counterclaim will also meet sub-paragraph (a) even if it did not arise out of the same transaction.

#### *Sub-paragraph (m)*

**219 Introduction.** This sub-paragraph recognises a ground of jurisdiction based on express consent. Where parties have agreed in advance on the forum to resolve their disputes, adjudication in that forum is considered fair to both parties and will usually satisfy jurisdictional requirements for recognition and enforcement purposes in the requested State. The 2005 Choice of Court Convention provides for the recognition and enforcement of such agreements and the resulting judgments with respect to exclusive choice of court agreements. The definition of a choice of court agreement in sub-paragraph (m) is drawn from the 2005 Choice of Court Convention both with respect to the form of the agreement and to its nature as exclusive or non-exclusive. This should ensure consistency in interpretation across the two instruments.

**220 Relationship with the 2005 Choice of Court Convention.** The draft Convention seeks to avoid overlap with the 2005 Choice of Court Convention. To that end, the draft Convention only deals with non-exclusive choice of court agreements in sub-paragraph (m). This allows the court in the requested State to consider that the court of origin had jurisdiction where the parties’ agreement designated that court as one before which disputes could be brought but not where that designation excludes all other courts. In this

latter case, only the 2005 Choice of Court Convention will apply.<sup>141</sup>

**221 Non-exclusive agreements.** The draft Convention defines non-exclusive agreements in the negative. It includes a definition of an “exclusive choice of court agreement”, taken from Article 3(a) of the 2005 Choice of Court Convention, and declares that the draft Convention applies to any agreement “other than an exclusive choice of court agreement”. Furthermore, the 2005 Choice of Court Convention contains a presumption that a choice of court agreement which designates the courts of one State, or one or more specific courts of one State, is deemed to be exclusive unless the parties expressly provided otherwise (Art. 3(b)). In principle, the approach followed by the draft Convention prevents any gaps between the two instruments.

222 Non-exclusive agreements can take various forms. The agreement may provide for a list of courts in different States among which the claimant is invited (or required) to choose. It may merely indicate that the parties agree not to object to jurisdiction if the claim is brought before a designated court. The agreement may instead be “asymmetrical” (or “hybrid”), meaning that it is exclusive for one party but non-exclusive for another. Asymmetrical clauses are not considered exclusive under the 2005 Choice of Court Convention and may therefore fall within the scope of the draft Convention.<sup>142</sup> The Hartley/Dogauchi Report includes the following practical examples of non-exclusive choice of court agreements:

- “The courts of State X shall have non-exclusive jurisdiction to hear proceedings under this contract.”
- “Proceedings under this contract may be brought before the courts of State X, but this shall not preclude proceedings before the courts of any other State having jurisdiction under its law.”
- “Proceedings under this contract may be brought before court A in State X or court B in State Y, to the exclusion of all other courts.”
- “Proceedings against A may be brought exclusively at A’s residence in State A; proceedings against B may be brought exclusively at B’s residence in State B.”

223 The draft Convention, like the 2005 Choice of Court Convention, limits this basis for jurisdiction to agreements concluded or documented in writing or by any other means of communication which render information accessible so as to be usable for subsequent reference.<sup>143</sup> Oral agreements, therefore, do not benefit from this sub-paragraph.

**224 Examples.** The written agreement between A (habitually resident in State X) and B (habitually resident in State Y) contains the following clause: “For any disputes arising from this agreement, the parties agree to the jurisdiction of the courts of State Z.” Following a dispute that the parties

<sup>140</sup> Nygh/Pocar Report, para. 200. Contrast the narrower formulation of Art. 8(3) of the Brussels I Recast Regulation which contains the phrase “the same contract or facts on which the original claim was based”.

<sup>141</sup> For more details on the relationship between the 2005 Choice of Court Convention and the draft Convention, see *infra*, paras 420-425.

<sup>142</sup> Hartley/Dogauchi Report, paras 32, 106 and 249.

<sup>143</sup> See, on this formal requirement, Hartley/Dogauchi Report, paras 110-114.

able, B introduit une demande contre A devant les tribunaux de l'État Z, lesquels ne seraient pas compétents en l'absence de la clause d'attribution de compétence. Dans ce cas, appliquant l'alinéa (m), le tribunal de l'État X devrait constater que la compétence du tribunal d'origine est établie aux fins de l'exécution dans l'État Z. Si le tribunal requis considère cette clause comme une clause exclusive d'élection de for ou si l'État X et l'État Z sont tous deux Parties à la Convention Élection de for de 2005, l'alinéa (m) ne s'applique pas et le jugement ne circulera pas en vertu du projet de Convention sauf s'il y a un autre critère de compétence en vertu du paragraphe premier.

225 L'accord écrit entre A (qui a sa résidence habituelle dans l'État X) et B (qui a sa résidence habituelle dans l'État Y) contient la clause suivante : « Pour tout litige découlant du présent contrat, les parties décident de soumettre leurs demandes exclusivement aux tribunaux commerciaux de Capitale, État Z. » À la suite d'un litige que les parties ne parviennent pas à résoudre à l'amiable, B introduit une demande contre A dans l'État Z, lequel ne serait pas compétent en l'absence de la clause d'attribution de compétence. Un jugement est rendu en faveur de B et l'exécution est demandée dans l'État X, où A possède des biens. L'alinéa (m) n'est pas applicable à cette affaire, car la clause qui désigne les tribunaux de l'État Z est un accord exclusif d'élection de for. En outre, comme aucun autre des critères de compétence énumérés au paragraphe premier n'est applicable, l'État requis n'est pas tenu de reconnaître le jugement en vertu de l'article 4 du projet de Convention, même s'il peut le reconnaître en vertu de son droit interne, comme l'article 16 l'y autorise. Si l'État Z et l'État X sont tous les deux Parties à la Convention Élection de for de 2005, le jugement circulera en vertu de cet instrument.

#### Paragraphe 2

226 **Introduction.** Le paragraphe 2 prévoit des exceptions aux règles générales énoncées au paragraphe premier en ce qui concerne les contrats de consommation et les contrats de travail. Ces exceptions, qui s'appliquent uniquement à la reconnaissance ou à l'exécution d'un jugement contre un consommateur ou un employé, sont conformes à la protection qu'offrent de nombreux systèmes juridiques aux consommateurs ou aux employés dans la sphère contractuelle, tant en droit interne qu'en droit international privé. Le paragraphe 2 n'instaure pas de critère de compétence spécial pour ces deux types de contrats, qui demeurent soumis aux règles énoncées au paragraphe premier. En revanche, il limite ou exclut, en faveur de la partie la plus faible, la référence aux trois alinéas du paragraphe premier qui concernent la compétence fondée sur le consentement (alinéas (e), (f) et (m)) et à l'alinéa (g), qui concerne la compétence en matière d'obligations contractuelles.

227 **Définition du consommateur.** Le projet de Convention définit le consommateur comme « une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique ». Cette définition est identique à celle de la Convention Élection de for de 2005, qui exclut les contrats de consommation de son champ d'application à l'article 2(1)(a). Elle est en outre conforme à la définition du consommateur figurant dans la *Convention de Vienne de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises* (art. 2(a)) et dans la *Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* (art. 2(c)). L'autre solution aurait été la formulation négative qui figure au Règle-

ment Bruxelles I *bis* (art. 17(1)) et au Règlement Rome I<sup>144</sup> (art. 6(1)) : « pour un usage [...] étranger à son activité professionnelle [...] ». Contrairement aux règlements européens, le projet de Convention ne précise pas que l'autre partie contractante doit agir dans l'exercice de son activité professionnelle. Cela permet de penser que l'alinéa (m) pourrait inclure les contrats entre consommateurs, ce qui serait conforme au raisonnement ayant présidé à l'exclusion de ces contrats du champ d'application de la Convention Élection de for de 2005<sup>145</sup>.

228 **Contrats de travail.** Les contrats de travail ne sont pas définis dans le projet de Convention, mais il ressort clairement de l'expression « contrat de travail » que la clause ne vise que les travailleurs salariés, quel que soit leur niveau dans la hiérarchie, et non les personnes qui exercent une activité professionnelle indépendante<sup>146</sup>.

229 **Conventions collectives.** L'expression « contre un employé relativement à son contrat de travail » indique que la disposition vise à s'appliquer aux contrats de travail individuels, c'est-à-dire aux litiges entre un salarié et un employeur découlant de leur relation de travail. Cela comprend toute demande fondée sur le cadre juridique applicable à cette relation, y compris le droit du travail ou les conventions collectives<sup>147</sup>. Inversement, ce paragraphe ne couvre pas les litiges découlant d'une convention collective entre les parties à cette convention – généralement un syndicat ou un organe représentatif des salariés d'une part, et un employeur ou une association d'employeurs de l'autre.

230 **Exception au paragraphe premier en ce qui concerne la compétence fondée sur le consentement.** Le paragraphe 2(a) limite l'effet du paragraphe 1(e) en ce qui concerne le consentement exprès donné au cours de la procédure. Lorsque des employés et des consommateurs sont concernés, le consentement doit avoir été « donné devant le tribunal, que ce soit oralement ou par écrit ». Autrement dit, dans les exemples donnés plus haut pour illustrer le paragraphe 1(e) (voir, *supra*, para. 170 à 172), les deux premiers ne satisferaient pas au paragraphe 2(a), tandis que le troisième le ferait, cette situation étant la seule dans laquelle l'expression du consentement a été donnée au tribunal et non à l'autre partie. Les autres modes de consentement à la compétence reconnus au paragraphe premier sont le consentement implicite (para. 1(f)) et le consentement donné par accord préalable entre les parties (para. 1(m))<sup>148</sup>. S'agissant des consommateurs et des employés, aucun de ces modes de consentement n'est considéré suffisant. Autrement dit, un jugement contre un consommateur ou un employé à propos d'une demande contractuelle ne circulera pas en vertu du projet de Convention si la compétence du tribunal d'origine était uniquement fondée sur l'un de ces deux modes de consentement. Bien entendu, le critère énoncé au paragraphe 1(a) sera rempli lorsque l'employé ou le consommateur avait sa résidence habituelle dans l'État d'origine.

231 **Exclusion de la compétence fondée sur le lieu d'exécution de l'obligation contractuelle.** De la même manière,

<sup>144</sup> Règlement (CE) No 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JO L 177, 4.7.2008, p. 6 à 16.

<sup>145</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 50.

<sup>146</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 117.

<sup>147</sup> Dans la Convention Élection de for de 2005, l'art. 2(1)(b) exclut les accords d'élection de for « relatifs aux contrats de travail, y compris les conventions collectives ».

<sup>148</sup> La Convention Élection de for de 2005 exclut également de son champ d'application les accords d'élection de for figurant dans des contrats de consommation et des contrats de travail : art. 2(1)(a) et (b).

are unable to resolve amicably, B brings a claim against A before the courts of State Z, which would not otherwise have jurisdiction. In such a case, applying sub-paragraph (m), the court in State X should find that the jurisdiction of the court of origin is established for the purposes of enforcement in State Z. If such a clause is considered to be an exclusive choice of court clause by the requested court, or if State X and State Z are both party to the 2005 Choice of Court Convention, then sub-paragraph (m) does not apply and the judgment will not circulate under the draft Convention unless there is some other basis for jurisdiction under paragraph 1.

225 The written agreement between A (habitually resident in State X) and B (habitually resident in State Y) contains the following clause: “For any disputes arising from this agreement, the parties resolve to bring claims exclusively to the commercial courts of Capital City, State Z.” Following a dispute that the parties are unable to resolve amicably, B brings a claim against A in State Z, which would not otherwise have jurisdiction. Judgment is granted in B’s favour and enforcement is sought in State X where A has assets. Sub-paragraph (m) is not applicable to this case since the clause designating the courts of State Z is an exclusive choice of court agreement. Moreover, as no other ground listed in paragraph 1 is applicable, the requested State is not obliged to recognise the judgment under Article 4 of the draft Convention, although it may recognise it under its national law, as allowed by Article 16. If State Z and State X are both party to the 2005 Choice of Court Convention, then the judgment will circulate under that instrument.

#### Paragraph 2

226 **Introduction.** Paragraph 2 provides exceptions to the general rules in paragraph 1 with respect to consumer and employment contracts. These only apply to recognition or enforcement against a consumer or employee, and not to recognition or enforcement sought by a consumer or employee. These exceptions are consistent with the protection accorded to consumers or employees within the contractual sphere by many legal systems, whether in domestic or private international law. Paragraph 2 does not create special jurisdictional filters for these two types of contracts, which remain subject to the rules set down in paragraph 1. Instead, paragraph 2 limits or excludes, in favour of the weaker party, reference to the three sub-paragraphs in paragraph 1 that deal with jurisdiction based on consent (sub-paragraphs (e), (f) and (m)) and to sub-paragraph (g) that deals with jurisdiction on contractual obligations.

227 **Definition of consumer.** The draft Convention defines consumer as “a natural person acting primarily for personal, family or household purposes”. This is the same definition found in the 2005 Choice of Court Convention, which excludes consumer contracts from its scope in Article 2(1)(a). It is also consistent with the definition of consumer found in the *Vienna Convention of 1980 on Contracts for the International Sale of Goods* (Art. 2(a)); and the *Hague Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods* (Art. 2(c)). The other option would have been the negative formulation found in the Brussels I Recast Regulation

(Art. 17(1)) and Rome I Regulation<sup>144</sup> (Art. 6(1)): “for a purpose [...] outside his trade or profession [...]”. Unlike the European Regulations, the draft Convention does not specify that the other contracting party must be acting in its trade or professional capacity. This suggests that consumer to consumer contracts might be included under sub-paragraph (m), which would be consistent with the rationale for the exclusion of such contracts from scope of the 2005 Choice of Court Convention.<sup>145</sup>

228 **Employment contracts.** Employment contracts are not defined under the draft Convention but it is clear from the phrase “contract of employment” that the provision is intended to cover salaried workers at any level and not people carrying on independent professional activity.<sup>146</sup>

229 **Collective bargaining agreements.** The reference to “matters relating to the employee’s contract of employment” indicates the provision is intended to apply to individual employment contracts, that is, to disputes between the employee and the employer arising from their labour relationship. This includes any claim between an employer and an employee based on the legal framework applicable to that relationship, including labour law or collective bargaining agreements.<sup>147</sup> Conversely, disputes arising from a collective bargaining agreement between the parties to this agreement – typically a trade union or a body of representative of the employees, on the one hand, and an employer or an association of employers, on the other – are not covered by this paragraph.

230 **Exception to paragraph 1 regarding jurisdiction based on consent.** Paragraph 2(a) limits the effect of paragraph 1(e) in relation to express consent given in the course of proceedings. Where employees and consumers are concerned, the consent is required to have been “addressed to the court, orally or in writing”. In other words, in the examples provided above to illustrate paragraph 1(e) (see *supra* paras 170-172), the first and second would not satisfy paragraph 2(a) but the third one would, it being the only situation where the expression of consent was directed at the court and not at the other party. The other modes of consenting to jurisdiction recognised in paragraph 1 are implied consent (para. 1(f)) and consent by advance agreement between the parties (para. 1(m)).<sup>148</sup> With respect to consumers and employees, neither form of consent is treated as sufficient. In other words, a judgment against a consumer, or an employee in relation to a contractual claim, will not circulate under the draft Convention if the court of origin’s jurisdiction was based solely on consent of either type. Of course, paragraph 1(a) will be satisfied where the employee or consumer was habitually resident in the State of origin.

231 **Exclusion of jurisdiction based on the place of performance of a contractual obligation.** Similar to the above,

<sup>144</sup> Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), *OJ L* 177, 4.7.2008, pp. 6-16.

<sup>145</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 50.

<sup>146</sup> Nygh/Pocar Report, para. 117.

<sup>147</sup> In the 2005 Choice of Court Convention, Art. 2(1)(b) excludes choice of court agreements “relating to contracts of employment, including collective agreements”.

<sup>148</sup> The 2005 Choice of Court Convention excludes from its scope choice of court agreements in consumer and employment contracts as well: Art. 2(1)(a) and (b).

le paragraphe 2 exclut le recours au paragraphe 1(g), qui concerne le lieu d'exécution des obligations contractuelles. Un jugement ne sera pas reconnu ou exécuté contre un consommateur ou un employé si le seul critère de compétence est que l'État d'origine était le lieu d'exécution de l'obligation contractuelle en question. Concrètement, cela signifie que seuls les jugements contre un consommateur ou un employé rendus dans l'État de la résidence habituelle de cette personne circuleront en vertu du projet de Convention, sauf consentement exprès du consommateur ou de l'employé à la compétence d'un autre tribunal et adressé à celui-ci.

[Paragraphe 3]

232 **[Introduction.** Le paragraphe 3 dispose que les critères de compétence énoncés au paragraphe premier ne s'appliquent pas aux jugements portant sur des droits de propriété intellectuelle ou sur des droits analogues<sup>149</sup>. Ces demandes sont soumises à un régime distinct établi par le paragraphe 3. Les jugements de ce type ne sont susceptibles d'être reconnus et exécutés que si l'un des critères de compétence établis au paragraphe 3 est satisfait.

233 **Exemple.** A introduit une demande contre B dans l'État X, où B a sa résidence habituelle, alléguant la contrefaçon d'un brevet déposé dans l'État Y. Le jugement n'est pas susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu du projet de Convention puisque l'article 5(1) ne s'applique pas aux jugements portant sur des droits de propriété intellectuelle. Il en va de même si la compétence de l'État X était fondée sur le consentement du défendeur en vertu de l'article 5(1)(e) ou (f). En revanche, si A avait introduit son recours dans l'État Y, le jugement aurait été susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu de l'article 5(3)(a).

234 En ce sens, l'article 5(3) établit, au sein du projet de Convention, des critères de compétence « exclusifs » pour les jugements portant sur des droits de propriété intellectuelle ou sur des droits analogues. Les jugements portant sur des droits de propriété intellectuelle ne sont susceptibles d'être reconnus et exécutés en vertu du projet de Convention que s'ils sont rendus par un tribunal de l'État en vertu du droit duquel le droit de propriété intellectuelle est protégé. Dans le cas des jugements rendus dans le cadre d'actions jointes dans des litiges portant sur la contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle dans plusieurs États, le projet de Convention ne couvre que la partie séparable des jugements ayant statué sur la contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle enregistré dans l'État d'origine (s'il portait aussi sur des droits enregistrés dans d'autres États, l'art. 9 peut s'appliquer). Cependant, contrairement à l'article 6(a), l'article 5(3) n'exclut pas la reconnaissance et l'exécution en vertu du droit interne (voir, *infra*, para. 259).

235 **Raisonnement : le principe de territorialité.** L'approche du projet de Convention en matière de droits de propriété intellectuelle résulte d'un compromis. Les droits de propriété intellectuelle entrent dans le champ d'application du projet de Convention, mais ils sont soumis à une stricte application du principe de territorialité. Les droits de propriété intellectuelle sont territoriaux ; leur existence et les prérogatives dont jouissent leurs titulaires se limitent au territoire de l'État qui les consent. L'existence et le contenu d'un droit de propriété intellectuelle ne peuvent être déterminés que par la loi de l'État qui le consent, comme les prérogatives de son titulaire et ses contrefaçons éventuelles. Il ne peut y avoir de contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle que dans l'État où il existe et où il est protégé.

<sup>149</sup> Voir, *supra*, note 48.

gé. Une contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle enregistré dans l'État X ne peut intervenir que dans l'État X ; il est inconcevable qu'un droit de propriété intellectuelle enregistré dans l'État X puisse être contrefait dans l'État Y. La territorialité de ces droits a un impact évident sur la dimension du conflit de lois. Aussi, au niveau du conflit de lois, le principe de territorialité impose l'application de la *lex loci protectionis*, à savoir la loi de l'État pour lequel la protection est revendiquée, pour déterminer l'existence, la teneur et la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle (pour le principe de territorialité dans le contexte d'une contrefaçon en ligne d'un droit de propriété intellectuelle, voir, *infra*, para. 245 et 246).

236 Le projet de Convention exprime ce principe au niveau de la reconnaissance et de l'exécution. Un jugement en matière de propriété intellectuelle ne peut circuler que s'il a été rendu par le tribunal de l'État en vertu du droit duquel les droits de propriété intellectuelle concernés ont été protégés (*lex loci protectionis*). Ce principe s'applique aux jugements portant aussi bien sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle que sur une contrefaçon de ce droit. Ces limites garantissent le parallélisme entre la compétence et la loi applicable. Dans une perspective de droit comparé, les litiges portant sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle consenti par le droit matériel de l'État X sont actuellement soumis à la seule compétence des tribunaux de cet État. Cependant, certains États se déclarent compétents sur les droits de propriété intellectuelle étrangers et appliquent le droit de la propriété intellectuelle étranger ; ces jugements ne circuleraient pas en vertu du projet de Convention. Ainsi, en principe, en vertu du projet de Convention, l'État d'origine du jugement coïncidera avec la *lex loci protectionis*. Cette solution répond aux préoccupations exprimées par plusieurs délégations qui craignaient que l'application aux questions de propriété intellectuelle des critères de compétence établis au paragraphe premier, tels que la résidence habituelle du défendeur ou le for de la succursale, permette la jonction de procédures relatives à des droits de propriété intellectuelle protégés par le droit d'autres États. L'application de ce paragraphe impliquerait la reconnaissance et l'exécution des jugements dans des affaires où le tribunal d'origine devrait appliquer un droit étranger. Or les aspects juridiques et techniques sont étroitement mêlés dans les litiges en matière de propriété intellectuelle et ces délégations craignaient que le tribunal d'origine puisse, soit appliquer son propre droit aux droits de propriété intellectuelle étrangers, soit faire une application erronée d'un droit étranger. La garantie que l'État d'origine du jugement a appliqué le « droit approprié » est en outre renforcée par l'article 7(1)(g), qui autorise les États à refuser la reconnaissance et l'exécution si un autre droit a été appliqué (voir, *infra*, para. 303).

237 **Droits de propriété intellectuelle ou droits analogues.** Le chapeau du paragraphe 3 mentionne les droits de propriété intellectuelle et les « droits analogues ». Il s'agit d'une liste non limitative. Ces termes recouvrent les droits de propriété intellectuelle universellement reconnus sur la base de l'Accord sur les ADPIC ou de l'adhésion à l'OMC, mais aussi d'autres droits qui ne sont pas des droits de propriété intellectuelle *sui generis*, c'est-à-dire qui sont seulement reconnus en vertu de systèmes nationaux, comme les connaissances traditionnelles ou les expressions culturelles traditionnelles. Tous les jugements portant sur ces droits sont exclus du champ d'application du paragraphe premier. Inversement, les alinéas (a) à (c) dressent des listes semi-limitatives. Ils ne comprennent que (i) les droits de propriété intellectuelle nécessitant délivrance, octroi ou enregistrement et (ii) les droits d'auteur ou les droits voisins, les marques non enregistrées et les dessins ou modèles indus-



paragraph 2 excludes recourse to paragraph 1(g) which concerns place of performance of contractual obligations. A judgment will not be recognised or enforced against a consumer or employee if the only basis for jurisdiction is that the State of origin was the place of performance of the relevant contractual obligation. In practice, this means only judgments against a consumer or employee given in the State of that person's habitual residence will circulate under the draft Convention, absent express consent to the jurisdiction of another court by the consumer or employee and directed at that court.

[Paragraph 3]

232 **[Introduction.** Paragraph 3 provides that the bases for jurisdiction listed in paragraph 1 do not apply to judgments that ruled on intellectual property rights or analogous rights.<sup>149</sup> These claims are subject to a separate regime established under paragraph 3. Judgments of this kind are only eligible for recognition and enforcement if one of the bases of jurisdiction established by paragraph 3 is met.

233 **Example.** A brings a claim against B in State X, where B is habitually resident, alleging infringement of a patent registered in State Y. The judgment on this claim is not eligible for recognition and enforcement under the draft Convention since Article 5(1) does not apply to judgments on intellectual property rights. The same holds true if the jurisdiction of State X was based on the defendant's consent under Article 5(1)(e) or (f). Conversely, if A had brought the claim in State Y, the judgment would have been eligible for recognition and enforcement under Article 5(3)(a).

234 In this sense, Article 5(3) establishes "exclusive" bases for jurisdiction within the draft Convention for judgments on intellectual property right or analogous rights. Judgments on intellectual property rights are only eligible for recognition and enforcement under the draft Convention if they are given by a court of the State under the law of which the intellectual property right is protected. In the case of judgments given in consolidated proceedings in multi-State intellectual property infringement disputes, the draft Convention covers only the severable part of the judgments that ruled on an infringement of the intellectual property right registered in the State of origin (if it also ruled on rights registered in other States, Art. 9 may apply). However, unlike Article 6(a), Article 5(3) does not exclude recognition and enforcement under national law (see *infra* para. 259).

235 **Rationale: the territoriality principle.** The draft Convention's approach to intellectual property rights is the result of a compromise. Intellectual property rights are included within the scope of the draft Convention, but are subject to a strict application of the territoriality principle. Intellectual property rights are territorial. The existence of an intellectual property right and the prerogatives afforded to the rightholder are limited to the territory of the State granting such a right. The existence and content of an intellectual property right can only be determined by the law of the State granting it, as with the prerogatives of the rightholder and any infringements of that right. An intellectual property right can only be infringed in the State where it

exists and is protected. Infringement of an intellectual property right registered in State X may only occur in State X; it is conceptually impossible for infringement of an intellectual property right registered in State X to occur in State Y. The territoriality of these rights has a clear impact on the conflict of laws dimension. Thus, at the conflict of laws level, the territoriality principle requires the application of the *lex loci protectionis*, i.e., the law of the State for which protection is sought, to determine the existence, content and infringement of intellectual property rights (for the territoriality principle in the context of online intellectual property infringement, see *infra* paras 245-246).

236 The draft Convention mirrors this principle at the recognition and enforcement level. A judgment on intellectual property related matters may only circulate if it was given by the court of the State under the law of which the intellectual property rights concerned was protected (*lex loci protectionis*). This applies to both judgments on the validity of an intellectual property right and on infringement of such right. These limitations ensure jurisdiction is parallel to the applicable law. From a comparative law perspective, disputes on the validity of an intellectual property right granted by the substantive law of State X are currently only subject to the jurisdiction of the courts of such State. But some States assume jurisdiction to hear claims about infringement of foreign intellectual property rights, applying the relevant foreign intellectual property law. Such judgments would not circulate under the draft Convention. Thus, in principle, under the draft Convention the State of origin of the judgment will coincide with the *lex loci protectionis*. This solution responds to several delegations' concern that application of the jurisdictional bases in paragraph 1, such as habitual residence of the defendant or branch jurisdiction, to intellectual property matters would allow for a consolidation of litigation relating to intellectual property rights protected under the law of other States. The application of that paragraph would entail the recognition and enforcement of judgments in cases where the court of origin would have to apply a foreign law. Legal and technical aspects are closely intertwined in intellectual property rights litigation, and those delegations were concerned that the court of origin might either apply its own law also to the foreign intellectual property rights or a foreign law wrongly. The guarantee that the State of origin of the judgment applied the "proper law" is further strengthened by Article 7(1)(g), which allows States to refuse recognition and enforcement if a different law was applied (see *infra* para. 303).

237 **Intellectual property rights or analogous rights.** The *chapeau* of paragraph 3 refers to intellectual property rights or "analogous rights". It is an open list. Those terms include intellectual property rights that are universally recognised based on TRIPS agreements or WTO membership, but also others that are not, i.e., "*sui generis* intellectual property rights" that are only recognised under some national systems such as traditional knowledge or traditional cultural expressions. All judgments ruling on these rights are excluded from the scope of application of paragraph 1. Conversely, sub-paragraphs (a) to (c), are laid down as semi-closed lists. They only include (i) intellectual property rights required to be granted or registered, and (ii) copy-rights or related rights, unregistered trademarks and unreg-

<sup>149</sup> See *supra*, note 48.

triels non enregistrés. La conséquence de cette différence entre la liste non limitative du chapeau et la liste limitative ou semi-limitative des alinéas (a) à (c) est que les jugements portant sur des droits de propriété intellectuelle et des droits analogues qui ne figurent pas dans la seconde liste ne circulent pas en vertu du projet de Convention. C'est comme s'ils étaient exclus de son champ d'application.

**238 Structure.** Le projet de Convention opère une distinction entre les droits de propriété intellectuelle nécessitant délivrance, octroi ou enregistrement et ceux qui ne le nécessitent pas. L'alinéa (a) concerne les jugements portant sur la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle nécessitant délivrance, octroi ou enregistrement, c'est-à-dire ceux qui, pour naître, doivent être enregistrés. Les alinéas (b) et (c) concernent, quant à eux, les jugements portant sur la contrefaçon, la validité [la titularité ou l'existence] de droits d'auteur ou de droits voisins dont l'enregistrement n'est pas obligatoire.

#### Alinéa (a)

**239 Introduction.** L'alinéa (a) établit un critère de compétence pour les droits de propriété intellectuelle nécessitant délivrance, octroi ou enregistrement, c'est-à-dire les brevets, les marques, les dessins et modèles industriels ou les droits d'obtention végétale (« droits de propriété intellectuelle enregistrés »). Conformément à cette disposition, un jugement est susceptible d'être reconnu et exécuté s'il portait sur une contrefaçon d'un tel droit et s'il a été rendu par un tribunal de l'État dans lequel la délivrance, l'octroi ou l'enregistrement du droit en question (i) a été effectué ou (ii) est réputé avoir été effectué en vertu d'un instrument international ou régional, c'est-à-dire l'« État d'enregistrement ». L'alinéa (a) prévoit une exception aux critères ci-dessus, qui sert de garantie visant principalement les contrefaçons par le biais de médias numériques : même s'il a été rendu dans l'État d'enregistrement, le jugement ne sera pas susceptible d'être reconnu ou exécuté si le défendeur n'a pas agi dans l'État d'origine aux fins d'initier ou de poursuivre la contrefaçon ou si l'on ne peut pas raisonnablement considérer que son activité visait spécifiquement cet État.

**240 Rapport avec les autres dispositions.** L'alinéa (a) doit être combiné avec l'article 6(a). Son champ d'application couvre les jugements statuant sur la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle, tandis que l'article 6(a) concerne les jugements statuant sur la *validité* [et l'*enregistrement*] de ces droits. L'article 6(a) établit un critère de compétence exclusive en faveur de l'État dans lequel la délivrance ou l'enregistrement (i) a été effectué ou (ii) est réputé avoir été effectué en vertu d'un instrument international ou régional. Ces deux dispositions sont fondées sur le même facteur de rattachement ; l'État d'origine sera donc le même en vertu de l'article 5(3)(a) et de l'article 6(a)<sup>150</sup>. Elles se différencient par le fait que seule la seconde exclut la reconnaissance ou l'exécution en vertu du droit interne (voir, *infra*, para. 259).

**241 Exemple.** Si A introduit une action contre B dans l'État X, alléguant la contrefaçon d'un brevet enregistré dans cet État, le jugement qui s'ensuivra sera susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu de l'alinéa (a), car le tribunal d'origine est un tribunal de l'État dans lequel le droit de propriété intellectuelle concerné est enregistré. Il en va de même si l'action portait sur la validité du brevet en vertu de l'article 6(a). En revanche, si A introduit une

<sup>150</sup> Notons toutefois qu'il y a une différence dans le texte, l'art. 6(a) ne fait pas référence au « droit concerné ».

action contre B dans l'État Y, où B a sa résidence habituelle, alléguant la contrefaçon d'un brevet déposé dans l'État X, le jugement qui en résultera ne sera pas susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu du projet de Convention, bien qu'il puisse être reconnu ou exécuté en vertu du droit interne. Dans ce second cas, si le jugement portait sur la validité du brevet (en tant qu'objet principal), il ne serait pas susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu du projet de Convention ni en vertu du droit interne.

**242 Droits de propriété intellectuelle enregistrés.** L'alinéa (a) couvre les droits de propriété intellectuelle comme les brevets, les marques enregistrées, les dessins et modèles industriels enregistrés<sup>151</sup>, les droits d'obtention végétale<sup>152</sup>, les indications géographiques enregistrées ou énumérées, les certificats complémentaires de protection étendant la durée de protection d'un brevet<sup>153</sup>, les modèles d'utilité (petits brevets), etc. La question de savoir si un droit de propriété intellectuelle « nécessit[e] délivrance, octroi ou enregistrement » doit être tranchée par le droit de l'État requis même si, en règle générale, la conclusion sera la même en vertu du droit de l'État d'origine et de celui de l'État requis, car ce domaine est très harmonisé. Il s'ensuit que les droits de propriété intellectuelle qui peuvent être volontairement enregistrés, comme le droit d'auteur dans certains États ou territoires, ne sont pas couverts par la disposition parce qu'ils ne « nécessitent » pas d'enregistrement au sens courant du terme. C'est le cas même si l'enregistrement volontaire confère certains avantages, comme la présomption légale de titularité.

**243 Facteur de rattachement.** L'alinéa (a) utilise la délivrance, l'octroi ou l'enregistrement du droit comme facteur de rattachement. Un jugement portant sur la contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle enregistré est susceptible d'être reconnu et exécuté s'il a été rendu par un tribunal de l'État dans lequel la délivrance, l'octroi ou l'enregistrement a été demandé ou a été effectué, ou est réputé avoir été demandé ou effectué conformément aux dispositions d'un instrument international ou régional. L'expression « est réputé avoir été demandé ou effectué conformément aux dispositions d'un instrument international ou régional » vise les situations dans lesquelles la délivrance, l'octroi ou l'enregistrement du droit est obtenu par une procédure d'enregistrement unique pour un ou plusieurs États en vertu d'un instrument international ou régional. C'est le cas, par exemple, pour le brevet européen en vertu de la Convention de Munich<sup>154</sup>. Cet instrument instaure une procédure internationale de demande de brevet commune aux États parties à cette Convention, centralisée à l'office de Munich, bien que le brevet qui est ensuite délivré soit national. Une procédure unique de demande et d'examen

<sup>151</sup> Le terme « dessins et modèles industriels » est employé dans la *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle* (art. 4 et 5 quinquies) ainsi que dans l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) (ci-après, « Accord sur les ADPIC ») (art. 25 et 26).

<sup>152</sup> La protection des droits d'obtention végétale est envisagée dans l'*Accord sur les ADPIC*, soit par des brevets, soit par un système *sui generis* efficace ou par une combinaison de ces deux moyens ; voir art. 27(3)(b). La plupart des États ont instauré un système de protection des variétés végétales en vertu de la *Convention internationale pour la protection des obtentions végétales du 2 décembre 1961*, révisée à Genève le 10 novembre 1972, le 23 octobre 1978 et le 19 mars 1991 (ci-après, la « Convention UPOV »).

<sup>153</sup> Les « certificats complémentaires de protection », qui sont protégés par le droit de l'Union et dans l'Espace économique européen, sont des droits de propriété intellectuelle *sui generis* qui servent d'extension à un brevet à l'expiration de la protection offerte par celui-ci afin de compenser le délai d'obtention d'une autorisation de mise sur le marché du produit. Dans d'autres systèmes juridiques, des résultats comparables sont obtenus par les opérations de « prorogation de délai d'un brevet » ou de « rétablissement de la durée d'un brevet » qui seraient également couvertes.

<sup>154</sup> Voir art. 2 de la *Convention sur la délivrance de brevets européens du 5 octobre 1973* (ci-après, « Convention sur le brevet européen ») telle que révisée par l'acte portant révision de l'article 63 de la CBE du 17 décembre 1991 et l'acte portant révision de la CBE du 29 novembre 2000 (ci-après, la « CBE de 2000 »).

istered industrial designs. The consequence of this difference between the open list of the *chapeau* and the closed or semi-closed lists of sub-paragraphs (a) to (c) is that judgments on intellectual property rights and analogous rights that are not included in this latter list do not circulate under the draft Convention. It is as if they were excluded from its scope of application.

**238 Structure.** The draft Convention distinguishes between intellectual property rights required to be granted or registered, and those which do not require grant or registration. Sub-paragraph (a) deals with judgments ruling on the infringement of an intellectual property right required to be granted or registered, *i.e.*, that require registration before coming into existence. Sub-paragraphs (b) and (c) deal with judgments on infringement, validity [subsistence or ownership] of copyright or similar rights that do not require registration.

#### *Sub-paragraph (a)*

**239 Introduction.** Sub-paragraph (a) lays down a jurisdictional filter for intellectual property rights required to be granted or registered, *e.g.*, patents, trademarks, industrial designs or plant breeders' rights ("registered intellectual property rights"). According to this provision, a judgment is eligible for recognition and enforcement if it ruled on an infringement of such a right and it was given by a court in the State in which the grant or registration of the right concerned (i) had taken place, or (ii) was deemed to have taken place under the terms of an international or regional instrument, *i.e.*, the "State of registration". Sub-paragraph (a) provides an exception to the above criteria as a safeguard mainly aimed at dealing with infringement through digital media: even if the judgment was given in the State of registration, it will not be eligible for recognition or enforcement if the defendant has not acted in the State of origin to initiate or further the infringement, or if their activity cannot reasonably be seen as having been targeted at that State.

**240 Relationship with other provisions.** Sub-paragraph (a) has to be read in conjunction with Article 6(a). The scope of sub-paragraph (a) refers to the judgments ruling on the *infringement* of registered intellectual property rights; whereas Article 6(a) refers to judgments ruling on the *validity [and registration]* of such rights. Article 6(a) lays down an exclusive basis for jurisdiction in favour of the State in which a grant or registration (i) has taken place, or (ii) is deemed to have taken place under the terms of an international or regional instrument. Both provisions are based on the same connecting factor, and therefore the State of origin will be the same under Article 5(3)(a) and Article 6(a).<sup>150</sup> The difference between these two provisions is that only the latter excludes recognition or enforcement under national law (see *infra* para. 259).

**241 Example.** If A brings a claim against B in State X, alleging infringement of a patent registered in that State, the ensuing judgment will be eligible for recognition and enforcement under sub-paragraph (a) as the court of origin is a court of the State in which the intellectual property right concerned is registered. The same holds true if the claim was on the validity of the patent under Article 6(a).

<sup>150</sup> Note however that there is a difference with the formulation, the reference to "the right concerned" is not included in Art. 6(a).

But if A brings a claim against B in State Y, where B is habitually resident, alleging infringement of a patent registered in State X, this judgment will not be eligible for recognition and enforcement under the draft Convention, though it may be recognised or enforced under national law. In this second case, if the judgment ruled on the validity of the patent (as main object), it would not be eligible for recognition and enforcement under either the draft Convention or national law.

**242 Registered intellectual property rights.** Sub-paragraph (a) covers registered intellectual property rights such as patents, registered trademarks, registered industrial designs,<sup>151</sup> granted plant breeders' rights (also known as plant variety rights),<sup>152</sup> registered or listed geographical indications, supplementary protection certificates extending the term of protection of a patent,<sup>153</sup> utility models (petty patents), etc. Whether an intellectual property right is "required to be granted or registered" is to be determined by the law of the requested State, although, in general, the conclusion will be the same under the law of both the State of origin and the requested State since this field is highly harmonised. It follows that intellectual property rights that may be voluntarily registered, such as copyright in certain jurisdictions, are not covered by this provision because such rights are not "required" to be registered in the ordinary sense of the word. This is the case even if voluntary registration provides certain advantages, such as a legal presumption of ownership.

**243 Connecting factor.** Sub-paragraph (a) uses the granting or registration of the right concerned as a connecting factor. A judgment on the infringement of a registered intellectual property right will be eligible for recognition and enforcement if it was given by a court in the State in which the grant or registration of the right concerned took place, or is deemed to have taken place under the terms of an international or regional instrument. The phrase "deemed to have taken place under the terms of an international or regional instrument" addresses situations where grant or registration of the right is obtained by one registration procedure for one or more States in accordance with an international or regional instrument. This is the case, for example, for a European Patent under the Munich Convention.<sup>154</sup> This instrument introduces a common international patent application procedure for the States Parties to that Convention, centralised in the Munich office, although the patent subsequently granted is national in scale. A single application and examination procedure leads to the grant of a bun-

<sup>151</sup> The term "industrial design" is used in the *Paris Convention for the Protection of Industrial Property* (Arts 4 and 5 *quinquies*) and the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* of the World Trade Organization (WTO) (1994) (hereinafter, "TRIPS Agreement") (Arts 25 and 26).

<sup>152</sup> The protection of plant breeders' rights is envisaged in the TRIPS Agreement, either by patents, by an effective *sui generis* system or by a combination thereof, see Art. 27(3)(b). Most States have introduced a plant variety protection system under the *International Convention for the Protection of New Varieties of Plants* of 2 December 1961, as revised at Geneva on 10 November 1972, on 23 October 1978, and on 19 March 1991 (hereinafter, "UPOV Convention").

<sup>153</sup> "Supplementary protection certificates", which are protected under EU law and in the European Economic Area, are *sui generis* intellectual property rights that serve as an extension to a patent after the patent's term of protection has expired in order to compensate for the time for obtaining any authorisation to bring the product to market. In other jurisdictions, similar results are achieved under the "patent extension" or the "patent restoration" which would also be included.

<sup>154</sup> See Art. 2 of the *Convention on the Grant of European Patents of 5 October 1973* (hereinafter, "European Patent Convention") as revised by the Act revising Article 63 EPC of 17 December 1991 and the Act revising the EPC of 29 November 2000 (hereinafter, "EPC 2000").

aboutit à la délivrance d'un ensemble de brevets nationaux. Dans ce cas, l'alinéa (a) ne renvoie pas à l'État dans lequel l'enregistrement du droit concerné ou le dépôt de la demande a été effectué, mais à l'État pour lequel la protection est octroyée, c'est-à-dire celui dans lequel le droit de propriété intellectuelle est réputé délivré, octroyé ou enregistré conformément aux termes de l'instrument applicable. Cela peut naturellement nécessiter un examen des termes de l'instrument en vertu duquel le brevet a été délivré. Il en va de même pour le Traité de coopération en matière de brevet, administré par l'OMPI, et pour les systèmes de Madrid, de La Haye et de Lisbonne<sup>155</sup>. [Pour les droits supranationaux et les tribunaux communs, voir, *supra*, art. 4(5) et (6).]

**244 Dépôt.** L'alinéa (a) emploie les termes « délivrance, octroi ou enregistrement ». Dans les systèmes de propriété intellectuelle, la terminologie couramment employée pour décrire l'acte qui donne naissance aux droits de propriété intellectuelle est l'« enregistrement » pour les marques ainsi que pour les dessins et modèles industriels, et l'« octroi » ou la « délivrance » pour les brevets, les brevets de dessins ou modèles et les droits d'obtention végétale<sup>156</sup>. Dans certains États ou territoires, le dépôt ou la demande est la première étape de la procédure à suivre pour obtenir la protection totale du droit, mais cette première démarche déclenche une forme de protection, qui précède la délivrance, l'octroi ou l'enregistrement. La Commission spéciale a discuté de l'insertion du terme « dépôt » lors de ses deux premières réunions, mais elle l'a finalement rejeté<sup>157</sup>. Néanmoins, l'alinéa (a) s'applique également aux États et territoires dans lesquels l'enregistrement n'est pas toujours soumis à un examen préalable. L'expression « droits enregistrés » ou « droits nécessitant enregistrement » doit donc être interprétée comme couvrant les droits qui naissent de formalités impliquant des autorités administratives publiques, qui peuvent inclure le dépôt (ou la demande)<sup>158</sup>.

**245 Contrefaçon ubiquitaire.** L'alinéa (a) prévoit une garantie visant à protéger un défendeur contre les demandes introduites dans des États ou territoires imprévisibles ou dans des États ou territoires qui ne présentent pas de lien substantiel avec le litige. Même si le jugement a été rendu dans l'État où le droit de propriété intellectuelle est délivré, octroyé ou enregistré, il ne sera pas susceptible d'être reconnu ou exécuté si le défendeur n'a pas agi dans l'État d'origine aux fins d'initier ou de poursuivre la contrefaçon ou bien si son activité ne peut être raisonnablement considérée comme ayant spécifiquement visé cet État. Cette ga-

rantie est basée sur l'article 2:202 des Principes sur les conflits de lois en matière de propriété intellectuelle de 2011<sup>159</sup>.

**246** Cette garantie s'appliquera généralement aux contrefaçons commises par le biais de médias ubiquitaires comme Internet. En principe, une contrefaçon commise par Internet affecte les droits de propriété intellectuelle qui existent en vertu des droits nationaux du monde entier, car ce moyen de communication est accessible partout. Cela impliquerait que le contrefacteur allégué pourrait être poursuivi dans n'importe quel État, même lorsque la contrefaçon n'a que des effets marginaux, et que le jugement qui en résulte devrait être susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu du projet de Convention. Ce risque est particulièrement important si le droit de l'État d'origine considère la simple accessibilité d'un site Internet comme une violation des droits de propriété intellectuelle enregistrés dans cet État. L'alinéa (a) nuance ainsi le comportement que doit avoir un défendeur pour satisfaire au critère de compétence fondé sur le lieu de la contrefaçon. Le critère de compétence n'est pas satisfait (i) si le défendeur n'a pas agi dans l'État d'origine aux fins d'initier ou de poursuivre la contrefaçon (« critère fondé sur les actes ») ou (ii) si son activité ne visait pas spécifiquement cet État (« critère fondé sur la cible »). Cette seconde situation est exprimée de manière objective, à savoir : l'activité « ne peut raisonnablement être considérée comme ayant spécifiquement visé cet État ». C'est le tribunal de l'État requis qui doit apprécier si l'activité du défendeur ne peut raisonnablement être considérée comme ayant spécifiquement visé cet État en tenant compte objectivement de tous les éléments des activités du défendeur.

**247 Exemple.** A introduit une action contre B dans l'État X pour contrefaçon d'une marque enregistrée dans cet État. Le défendeur (B), qui a sa résidence habituelle dans l'État Y, utilise une marque identique, enregistrée dans l'État Y, sur son site Internet, qui est également exploité depuis l'État Y. La page Internet est rédigée dans une langue qui n'est pas parlée dans l'État X, et le défendeur ne vend pas ses produits dans cet État. Dans ce cas, la garantie prévue à l'article 5(3)(a) peut être invoquée pour faire valoir qu'un jugement rendu contre B dans l'État X ne devrait pas être reconnu ou exécuté en vertu du projet de Convention.

*Alinéas (b) et (c).*

**248 Droits non enregistrés.** Les alinéas (b) et (c) contiennent deux autres critères de compétence concernant les droits d'auteur et les droits voisins qu'il n'est pas nécessaire d'enregistrer. En général, ces dispositions s'appliquent aux droits de propriété intellectuelle qui naissent sans demande, examen ou système d'enregistrement particulier<sup>160</sup>, mais la liste des droits de propriété intellectuelle non enregistrés qu'elles couvrent est limitative. Comme il est expliqué plus haut, les alinéas (b) et (c) ne s'appliquent qu'aux droits d'auteur et aux droits voisins, ainsi qu'aux

<sup>155</sup> Voir art. 31 à 42 du *Traité de coopération en matière de brevets (PCT)*, fait à Washington le 19 juin 1970, modifié le 28 septembre 1979, le 3 février 1984 et le 3 octobre 2001 (ci-après, le « Traité de coopération en matière de brevets ») ; art. 5(2)(e) du *Protocole relatif à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques*, adopté à Madrid le 27 juin 1989, modifié le 3 octobre 2006 et le 12 novembre 2007 (ci-après, le « Protocole relatif à l'arrangement de Madrid ») ; *Acte de Genève de l'Arrangement de La Haye concernant l'enregistrement international des dessins et modèles industriels adopté à Genève le 2 juillet 1999* (ci-après, l'« Arrangement de La Haye ») ; *Acte de Genève de l'Arrangement de Lisbonne sur les appellations d'origine et les indications géographiques et règlement d'exécution de l'Acte de Genève de l'Arrangement de Lisbonne sur les appellations d'origine et les indications géographiques*.

<sup>156</sup> Voir Doc. trav. No 77 de septembre 2016, « Observations soumises par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle » (en anglais uniquement) (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 16 au 24 février 2017)).

<sup>157</sup> Voir Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du premier au 9 juin 2016), Rapport de séance No 10, para. 62 à 79. Il faut toutefois souligner qu'il n'est pas certain qu'un « dépôt » soit toujours suivi d'une inscription dans un registre. Il conviendrait de le préciser dans la version finale du Rapport explicatif ; voir le Document de référence de mai 2018 (voir chemin d'accès indiqué à la note 48).

<sup>158</sup> Voir Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 16 au 24 février 2017), Rapport de séance No 5, para. 37.

<sup>159</sup> Voir European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *Conflict of Laws in Intellectual Property – The CLIP Principles and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2013 (ci-après, « Principes CLIP ») ; voir aussi la « Recommandation commune concernant la protection des marques, et autres droits de propriété industrielle relatifs à des signes (avec les notes explicatives) », adoptée par l'Assemblée de l'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle et l'Assemblée générale de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) à la trente-sixième série de réunions des Assemblées des États membres de l'OMPI, 24 septembre à 3 octobre 2001 ; et American Law Institute, *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes*, para. 204(1) et (2).

<sup>160</sup> Voir la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886*, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à Berne le 20 mars 1914 et révisée à Rome le 2 juin 1928, à Bruxelles le 26 juin 1948, à Stockholm le 14 juillet 1967 et à Paris le 24 juillet 1971 et modifiée le 28 septembre 1979 (ci-après, la « Convention de Berne »).

dle of national patents. In these cases, sub-paragraph (a) does not refer to the State in which the registration of the right concerned or the filing of the application has taken place, but to the State for which protection is granted, *i.e.*, the State in which the intellectual property right is deemed to be registered or granted under the terms of the relevant instrument. This naturally may require an examination of the terms of the instrument under which the right was granted. The same holds for the WIPO-administered Patent Cooperation Treaty (PCT) and the Madrid, Hague and Lisbon Systems.<sup>155</sup> [For supra-national rights and common courts see *supra* Art. 4(5) and (6).]

**244 Deposit.** Sub-paragraph (a) uses the words “granted or registered”. Under intellectual property systems, the commonly used terminology to describe the relevant act giving rise to intellectual property rights is “registration” for trademark and industrial designs, and “grant” for patents, design patents and plant breeders’ rights.<sup>156</sup> In certain jurisdictions, the deposit or application is the first step in the procedure for obtaining the full protection of the right, but triggers some form of protection prior to the actual grant or registration. The inclusion of the word “deposit” was discussed at the First and Second Special Commission meetings but eventually rejected.<sup>157</sup> Nevertheless, sub-paragraph (a) also applies to jurisdictions where registration is not always subject to prior examination. “Registered rights” or “rights required to be registered” should therefore be interpreted as including rights that come into existence through formalities that involved public administrative authorities, which may include deposit (or application).<sup>158</sup>

**245 Ubiquitous infringement.** Sub-paragraph (a) includes a safeguard aimed at protecting a defendant against claims in unforeseeable jurisdictions or in jurisdictions that do not have a substantial connection to the dispute. Even if the judgment was given in the State where the intellectual property right is granted or registered, it will not be eligible for recognition or enforcement if the defendant has not acted in the State of origin to initiate or further the infringement, or his or her activity cannot reasonably be seen as having been targeted at that State. This safeguard is

based on Article 2:202 of the Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property of 2011.<sup>159</sup>

246 This safeguard will typically apply to infringements carried out through ubiquitous media such as the internet. In principle, an infringement committed through the internet affects intellectual property rights existing under all national laws across the world, as this means of communication is accessible worldwide. This would imply that the alleged infringer might be sued in any State, even where the infringement has only marginal effects, and the ensuing judgment should qualify as eligible for recognition and enforcement under the draft Convention. This risk is particularly significant if the law of the State of origin regards the mere accessibility of a website as an infringement of the intellectual property rights registered in that State. Sub-paragraph (a) thus qualifies the conduct necessary of a defendant to meet the jurisdictional filter based on the place of infringement. The jurisdictional filter is not met if the defendant (i) did not act in the State of origin to initiate or further the infringement (“act-based test”), or (ii) did not target his or her activity to that State (“targeted-at test”). The latter circumstance is expressed in an objective manner, *i.e.*, the activity “cannot reasonably be seen as having been targeted at that State”. Whether the defendant’s activity cannot reasonably be seen as having been targeted at that state must be assessed by the court of the requested State taking into account all elements of the defendant’s activities, from an objective perspective.

**247 Example.** A brings a claim against B in State X for infringement of a trademark registered in that State. The defendant (B), habitually resident in State Y, uses an identical trademark, registered in State Y, on his website operated also from State Y. The webpage is in a language which is not spoken in State X, and the defendant does not sell his products in State X. In this case, the safeguard included in Article 5(3)(a) may be invoked to argue that a judgment given against B in State X should not be entitled for recognition or enforcement under the draft Convention.

#### *Sub-paragraphs (b) and (c)*

**248 Non-registered rights.** Sub-paragraphs (b) and (c) contain two additional filters dealing with copyright and similar rights not required to be registered. In general, these provisions apply to intellectual property rights that come into existence without any specific application, examination or registration system.<sup>160</sup> But the list of non-registered intellectual property rights covered by these provisions is closed. As explained above, sub-paragraphs (b) and (c) only apply to: copyrights and related rights, unregistered

<sup>155</sup> See Arts 31-42 of the *Patent Cooperation Treaty*, done at Washington on 19 June 1970, amended on 28 September 1979, modified on 3 February 1984, and on October 3, 2001 (hereinafter, “Patent Cooperation Treaty”); Art. 5(2)(e) of the *Protocol relating to the Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks*, adopted at Madrid on 27 June 1989, as amended on 3 October 2006, and on 12 November 2007 (hereinafter, “Madrid Agreement Protocol”); the *Geneva Act of the Hague Agreement Concerning the International Registration of Industrial Designs of 2 July 1999* (hereinafter, the “Hague Agreement”); *Geneva Act of the Lisbon Agreement on Appellations of Origin and Geographical Indications and Regulations Under the Geneva Act of the Lisbon Agreement on Appellations of Origin and Geographical Indications*.

<sup>156</sup> See Work. Doc. No 77 of September 2016, “Comments submitted by the World Intellectual Property Organization” (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (16-24 February 2017)).

<sup>157</sup> See Minutes of the Special Commission on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (1-9 June 2016), Minutes No 10, paras 62-79. It should be noted, however, that it is not clear whether a “deposit” is always followed by a record in a register. This should be clarified in the final version of the Explanatory Report; see Background Document of May 2018 (see path indicated in note 48).

<sup>158</sup> See Minutes of the Special Commission on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (16-24 February 2017), Minutes No 5, para. 37.

<sup>159</sup> See European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *Conflict of Laws in Intellectual Property – The CLIP Principles and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2013 (hereinafter, “CLIP Principles”); see also “Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights in Signs, on the Internet (with Explanatory Notes)”, adopted by the Assembly of the Paris Union for the Protection of Industrial Property and the General Assembly of the World Intellectual Property Organization (WIPO) at the Thirty-Sixth Series of Meetings of the Assemblies of the Member States of WIPO, 24 September to 3 October 2001; and the American Law Institute, *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes*, para. 204(1) and (2).

<sup>160</sup> See the *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of 9 September 1886*, completed at Paris on 4 May 1896, revised at Berlin on 13 November 1908, completed at Berne on 20 March 1914, revised at Rome on 2 June 1928, at Brussels on 26 June 1948, at Stockholm on 14 July 1967, and at Paris on 24 July 1971, and amended on 28 September 1979 (hereinafter, “Berne Convention”).

marques et dessins et modèles industriels non enregistrés. Le terme « droits voisins » recouvre les droits des artistes-interprètes ou exécutants (comme les acteurs et les musiciens) sur leurs représentations ou exécutions, les droits des producteurs de phonogrammes sur leurs phonogrammes et les droits des organismes de radiodiffusion sur les émissions qu'ils diffusent à la radio et à la télévision<sup>161</sup>. La liste des droits de propriété intellectuelle des alinéas (b) et (c) est limitative parce que les droits non enregistrés peuvent différer en fonction du droit interne et que de nouveaux droits non enregistrés pourraient naître à l'avenir. En l'absence d'enregistrement obligatoire ou d'autre acte similaire de l'État, précédé de procédures d'examen ou d'opposition, il peut être très difficile pour l'État requis de déterminer – par exemple, à partir d'un jugement pécuniaire – si un certain type de droit de propriété intellectuelle existe effectivement en vertu des droits des autres États contractants, et des problèmes peuvent se poser en particulier si le droit de propriété intellectuelle n'est pas connu dans le droit de l'État requis. Les points de vue sont divisés, par exemple, sur la question de savoir si les secrets commerciaux (c.-à-d. des renseignements commerciaux non divulgués) sont des « droits de propriété intellectuelle ». Bien que l'Accord sur les ADPIC définisse la « propriété intellectuelle » en son article premier, il ne définit pas ce qu'est un droit de propriété intellectuelle. Par conséquent, une liste limitative de droits de propriété intellectuelle non enregistrés universellement reconnus offrirait aux parties une plus grande transparence et une prévisibilité accrue quant à l'applicabilité des critères de compétence visés à l'article 5(3)(b) et (c).

249 Les alinéas (b) et (c) s'appliquent respectivement aux jugements portant sur la *validité*, *l'existence ou la titularité* des droits de propriété intellectuelle et aux jugements portant sur une *contrefaçon* de ces droits. Le facteur de rattachement est le même dans les deux cas : le droit de propriété intellectuelle non enregistré doit être régi par le droit de l'État d'origine. Cependant, le projet de Convention distingue ces deux catégories parce que la seconde exige une garantie pour protéger le défendeur dans les cas de contrefaçon ubiquitaire.

250 **Contrefaçons.** L'alinéa (b) dispose que les jugements portant sur la *contrefaçon* d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin, d'une marque non enregistrée et d'un dessin ou modèle industriel non enregistré sont susceptibles d'être reconnus et exécutés s'ils ont été rendus dans un État pour lequel la protection était revendiquée.

251 **Exemple.** Si A introduit une action contre B dans l'État X pour contrefaçon d'un droit d'auteur dans cet État, le jugement qui s'ensuit sera susceptible d'être reconnu et exécuté dans l'État requis en vertu de l'alinéa (b). Cela parce que le tribunal d'origine est un tribunal de l'État dont le droit régit le droit en question et pour le territoire duquel la protection est recherchée. Il s'ensuit nécessairement que le jugement pourrait statuer seulement sur des dommages survenus dans cet État.

252 Le facteur de rattachement employé dans cet alinéa est le fait que l'État d'origine était l'État « pour lequel la protection était revendiquée » (c.-à-d. la *lex loci protectionis*). La version originale de cette disposition renvoyait aux « droits qui sont nés en vertu de la loi de l'État d'origine » (c.-à-d. la *lex creationis*). Cependant, cette notion a été évitée afin d'empêcher que le verbe « sont nés » dans cet article ne soit interprété comme une invitation pour le tri-

bunal de l'État requis à entreprendre une révision au fond<sup>162</sup>. En outre, l'expression « l'État pour lequel la protection était revendiquée » est plus conforme aux instruments de droit international privé<sup>163</sup>.

253 **Garantie.** L'alinéa (b) prévoit une garantie destinée à protéger les intérêts d'un défendeur dans les cas de contrefaçon ubiquitaire, parallèle à celle qui est prévue à l'alinéa (a) (voir, *supra*, para. 245 à 247).

254 **Validité [existence ou titularité].** L'alinéa (c) établit un critère de compétence pour les jugements portant sur la validité [la titularité ou l'existence] de certains droits de propriété intellectuelle non enregistrés. Comme à l'alinéa (b), la liste des droits de propriété intellectuelle couverts par cette disposition est limitative, elle ne comprend que les droits d'auteur et les droits voisins, les marques non enregistrées et les dessins et modèles industriels non enregistrés. Le facteur de rattachement est identique à celui de l'alinéa (b), à savoir le fait que l'État d'origine était celui pour lequel la protection était revendiquée.

255 Le terme « validité » est couramment associé aux marques et aux dessins et modèles industriels, tandis que les deux autres termes sont couramment associés aux droits d'auteur et aux droits voisins<sup>164</sup>. Le terme « titularité » renvoie à la personne qui est propriétaire du droit d'auteur et sa présence facilite l'application de cette disposition dans les systèmes où le créateur n'est pas nécessairement le premier propriétaire de l'œuvre. Dans certains systèmes juridiques, par exemple, l'employeur est propriétaire de l'œuvre créée par un salarié dans le cadre de son emploi. Le terme « titularité » recouvre aussi la notion de « droit » pour les États ou territoires qui séparent la titularité du droit<sup>165</sup> ; ainsi, dans le cadre des successions dans certains États, les héritiers peuvent avoir un droit à l'œuvre sans en être encore propriétaires. Cette disposition vise à englober ces cas de figure dans la définition du terme « titularité ». Le terme « existence » renvoie à la naissance du droit d'auteur et à la durée de protection, c'est-à-dire à la date à laquelle il s'éteint. Les jugements portant sur la titularité et l'existence d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin sont susceptibles d'être reconnus et exécutés si le droit en question est régi par le droit de l'État d'origine. Notons que dans ce cas, le projet de Convention ne fait pas obstacle à l'application du droit interne (voir, *infra*, para. 367 à 369). Les droits non enregistrés ne sont pas couverts par la disposition concernant les critères de compétence exclusive (voir, *infra*, art. 6)<sup>166</sup>.

#### Article 6 – Fondements exclusifs de la reconnaissance et de l'exécution

256 L'article 6 prévoit trois fondements exclusifs de la reconnaissance et de l'exécution. Cette disposition a tout à la fois un effet positif et un effet négatif. Les jugements décrits à l'article 6 qui répondent aux critères de compétence qu'il prévoit sont susceptibles d'être reconnus et exécutés. Les jugements décrits qui ne répondent pas à ces critères de compétence ne sont pas reconnus ou exécutés, que ce soit en vertu du projet de Convention ou en vertu du droit interne. L'article 6 s'applique donc « [n]onobstant l'article 5 ». Les deux premiers alinéas établissent des cri-

<sup>161</sup> Voir le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 73, comportant d'autres références à l'Accord sur les ADPIC.

<sup>162</sup> Voir Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 16 au 24 février 2017), Rapport de séance No 5, para. 37.

<sup>163</sup> Voir, par ex., art. 8 (1) du Règlement Rome II (Règlement (CE) No 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles).

<sup>164</sup> Voir Doc. trav. No 77 (*supra*, note 156), para. 23.

<sup>165</sup> Voir art. 2:205 des Principes CLIP.

<sup>166</sup> Voir aussi le Rapport Nygh/Pocar, para. 174.

trademarks and unregistered industrial designs. The term “related rights” includes: rights of performers (such as actors and musicians) in their performances, rights of producers and sound recorders in their recordings, and rights of broadcasting organisations in their radio and television broadcasts.<sup>161</sup> The list of intellectual property rights in sub-paragraphs (b) and (c) is closed because different national laws may provide for different unregistered rights, and new unregistered rights may emerge in the future. In the absence of mandatory registration or other similar act of State, preceded by some examination or opposition procedures, it may be very difficult for the requested State to determine – e.g., from a money judgment – whether a certain type of intellectual property right actually exists under the laws of other Contracting States, and problems might arise in particular if the intellectual property right is not known under the law of the requested State. For example, views are divided on the question of whether trade secrets (*i.e.*, undisclosed business information) are “IP rights”. While the TRIPS Agreement defines “intellectual property” in Article 1, it does not define what an intellectual property right is. Therefore, a closed list of some universally recognised unregistered intellectual property rights would provide greater transparency and foreseeability to litigants as concerns the applicability of the filters in Article 5(3)(b) and (c).

249 Sub-paragraphs (b) and (c) apply to judgments ruling on the *validity*, *subsistence or ownership* of those intellectual property rights and judgments ruling on an *infringement* of those rights respectively. The connecting factor is the same for both, *i.e.*, the unregistered intellectual property right must be governed by the law of the State of origin. But the draft Convention distinguishes between these two categories because the latter category requires a safeguard to protect the defendant in cases of ubiquitous infringements.

250 **Infringements.** Sub-paragraph (b) provides that judgments ruling on an *infringement* of copyright or related rights, unregistered trademarks and unregistered industrial designs will be eligible for recognition and enforcement if given by a court in the State for which the protection was claimed.

251 **Example.** If A brings a claim against B in State X on the infringement of a copyright in this State, the ensuing judgment will be eligible for recognition and enforcement in the requested State under sub-paragraph (b). This is because the court of origin is a court of the State whose law governs the right concerned and for the territory of which protection is sought. This necessarily entails that the judgment could only rule on damages arising in that State.

252 The connecting factor used in this sub-paragraph is that the State of origin was the State “for which protection was claimed” (*i.e.*, the *lex loci protectionis*). The original version of this provision referred to the fact that “the right arose under the law of the State of origin” (*i.e.*, to the *lex creationis*). However, this concept was avoided to prevent a reading of the word “arose” in this Article as inviting the

<sup>161</sup> See Hartley/Dogauchi Report, para. 73, with further references to the TRIPS Agreement.

court of the requested State to undertake a review of the merits.<sup>162</sup> Furthermore, the words “the State for which protection was claimed” conform more broadly to private international law instruments.<sup>163</sup>

253 **Safeguard.** Sub-paragraph (b) contains a safeguard to protect a defendant’s interests in cases of ubiquitous infringement, parallel to that included in sub-paragraph (a) (see *supra* paras 245-247).

254 **Validity [subsistence or ownership].** Sub-paragraph (c) lays down a jurisdictional filter for judgments ruling on validity[, subsistence or ownership] of certain non-registered intellectual property rights. As in sub-paragraph (b) the list of intellectual property rights covered by this provision is closed, it only includes copyrights and related rights, unregistered trademarks and unregistered industrial designs. The connecting factor is also the same as in sub-paragraph (b), *i.e.*, the State of origin was the State for which protection is sought.

255 The term “validity” is commonly associated with trademarks and industrial designs whereas “subsistence” and “ownership” are commonly associated with copyright and related rights.<sup>164</sup> The term “ownership” refers to the person who is the owner of the copyright and its inclusion facilitates the application of this provision in those systems where the creator is not necessarily the first owner of a certain work. In some legal systems, for example, where an employee creates a work during the course of his or her employment, the employer is the owner of the copyright. The term “ownership” also includes the concept of “entitlement”, for the purpose of those jurisdictions that separate ownership and entitlement.<sup>165</sup> For example, in cases of succession in some States, heirs may be entitled to, but may not yet be owners of a work. This provision is intended to capture such cases within the definition of the term “ownership”. The term “subsistence” refers to the coming into being of the copyright and the term of protection, *i.e.*, when it expires. Judgments on ownership and subsistence of copyright and related rights are eligible for recognition and enforcement if the right concerned is governed by the law of the State of origin. Note that in this case, the draft Convention does not preclude the application of national law (see *infra* paras 367-369). Non-registered rights are not included in the provision dealing with exclusive bases of jurisdiction (see *infra* Art. 6).<sup>166</sup>

#### Article 6 – Exclusive bases for recognition and enforcement

256 Article 6 contains three exclusive bases for recognition and enforcement. This provision has both a positive and negative effect. Judgments of the kind described in Article 6 that meet the bases of jurisdiction it provides are eligible for recognition and enforcement. Judgments of the kind described that do not meet the bases of jurisdiction shall not be recognised or enforced, either under the draft Convention or under national law. Article 6 applies, therefore, “[n]otwithstanding Article 5”. The first and second

<sup>162</sup> See Minutes of the Special Commission on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (16-24 February 2017), Minutes No 5, para. 37.

<sup>163</sup> See, e.g., Art. 8(1), Rome II Regulation (Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations).

<sup>164</sup> See Work. Doc. No 77 (*supra* note 156), para. 23.

<sup>165</sup> See Art. 2:205 CLIP Principles.

<sup>166</sup> See also Nygh/Pocar Report, para. 174.

tères de compétence exclusive « absolus » pour les droits de propriété intellectuelle enregistrés et pour les droits réels immobiliers. Le troisième alinéa établit un critère de compétence exclusive « conditionnel » pour les baux immobiliers. Ce critère peut être considéré comme « conditionnel » parce qu'il n'est appliqué que si la loi de l'État où se situe l'immeuble reconnaît une compétence exclusive à ses tribunaux.

257 Toutefois, l'article 6 ne s'applique qu'aux jugements pour lesquels ces matières constituent l'objet principal de la procédure. En effet, le projet de Convention prévoit une règle spéciale lorsque ces questions sont seulement posées à titre préalable ou incident (voir, *infra*, art. 8).

[Alinéa (a)]

258 [Introduction. L'alinéa (a) établit un critère de compétence exclusive pour la reconnaissance et l'exécution des jugements portant sur [l'enregistrement ou] la validité des droits de propriété intellectuelle nécessitant délivrance, octroi ou enregistrement. Ces jugements *ne* sont reconnus et exécutés *que* si l'État d'origine est l'État dans lequel la délivrance, l'octroi ou l'enregistrement du droit a été effectué ou est réputé avoir été effectué conformément aux dispositions d'un instrument international ou régional. Cette disposition est conforme au principe généralement admis qui veut que l'État d'enregistrement d'un droit de propriété intellectuelle ait compétence exclusive sur les questions de validité [et d'enregistrement] du droit en question.

259 **Champ d'application.** Cette disposition est parallèle à l'article 5(3)(a). Ils s'appliquent tous deux aux mêmes droits de propriété intellectuelle nécessitant délivrance, octroi ou enregistrement (voir, *supra*, para. 239 à 247). Tous deux retiennent également le même facteur de rattachement : l'État d'origine doit être celui dans lequel la délivrance, l'octroi ou l'enregistrement a été effectué ou est réputé avoir été effectué conformément aux dispositions d'un instrument international ou régional (voir, *supra*, para. 243). La différence réside dans la nature du litige : l'article 5(3)(a) s'applique aux jugements portant sur une *contrefaçon* de ces droits, alors que l'article 6(a) s'applique aux jugements portant sur [l'enregistrement ou] la validité de ces droits<sup>167</sup>. L'autre différence est que seul l'article 6(a) exclut la reconnaissance et l'exécution des jugements en vertu du droit interne.

260 Les termes « enregistrement ou » sont placés entre crochets parce que les délégations au sein de la Commission spéciale étaient divisées sur la question de savoir si la « validité » couvre « l'enregistrement »<sup>168</sup>. Des experts ont expliqué que les deux termes peuvent figurer ensemble dans d'autres instruments, de sorte qu'ils sont étroitement liés sans couvrir la même chose, tandis que d'autres experts pensaient que la « validité » recouvre entièrement « l'enregistrement ».

261 **Rapport avec l'article 2(1)(j).** L'alinéa (a) s'applique aux jugements portant sur [l'enregistrement ou] la validité

<sup>167</sup> La question de savoir si la « titularité » est couverte par l'art. 6(a) ou non est discutable. Selon la CJUE, dans le contexte de l'art. 22(4) du Règlement Bruxelles I bis, le terme validité ne recouvre pas la question de savoir qui doit être considéré comme le propriétaire d'un droit de propriété intellectuelle enregistré (arrêt du 5 octobre 2017, *Hanssen Beleggingen*, C-341/16, EU:C:2017:738 : l'art. 22(4) du Règlement Bruxelles I bis ne s'applique pas aux procédures entre le cessionnaire d'une marque enregistrée et l'héritière du cédant). Notons que si la titularité n'était pas couverte, les jugements portant sur la titularité de droits de propriété intellectuelle enregistrés ne circuleraient pas en vertu du projet de Convention.

<sup>168</sup> Voir Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 13 au 17 novembre 2017), Rapport de séance No 6, para. 8 et 9 ; voir aussi, CJUE, arrêt du 5 octobre 2017, *Hanssen Beleggingen*, C-341/16, EU:C:2017:738.

d'un droit de propriété intellectuelle délivré, octroyé ou enregistré. Toutefois, la validité des inscriptions sur les registres publics est exclue du champ d'application du projet de Convention conformément à l'article 2(1)(j) (voir, *supra*, para. 52 et 53). Comme il est expliqué plus haut, cette exclusion couvre les litiges entre le demandeur (ou un tiers intéressé) et l'autorité administrative chargée du registre. Ces litiges surviennent normalement dans le contexte d'une demande d'enregistrement, par exemple lorsque l'enregistrement est refusé ou modifié et que le demandeur conteste cette décision. Ce litige serait en principe qualifié de matière administrative et serait donc exclu du champ d'application du projet de Convention en vertu de l'article 1(1). Toutefois, l'alinéa (a) s'applique aux litiges entre des personnes privées portant sur la validité [ou l'enregistrement] d'un droit de propriété intellectuelle, par exemple lorsque le brevet a été enregistré et qu'une partie introduit une demande contre le titulaire enregistré, contestant la validité du brevet. Cette demande pourrait être fondée, par exemple, sur l'expiration du délai de protection<sup>169</sup>.

262 **Conséquences.** L'alinéa (a) établit un fondement exclusif de la reconnaissance et de l'exécution des jugements portant sur l'enregistrement ou la validité de droits de propriété intellectuelle enregistrés. Cette disposition a tout à la fois un effet positif et un effet négatif, exprimé par la double locution « *ne [...] que si* ». L'effet positif est que les jugements portant sur l'enregistrement ou la validité d'un droit de propriété intellectuelle enregistré sont reconnus et exécutés si l'État d'origine est celui dans lequel la délivrance, l'octroi ou l'enregistrement a été effectué ou est réputé avoir été effectué conformément aux dispositions d'un instrument international ou régional<sup>170</sup>. L'effet négatif est qu'un jugement portant sur l'enregistrement ou la validité d'un droit enregistré rendu par un tribunal d'un État qui n'est pas celui de l'enregistrement *n'est pas* reconnu ou exécuté en vertu du droit interne. C'est la raison pour laquelle l'article 16 commence par « Sous réserve de l'article 6 » (voir, *infra*, para. 367 à 369)<sup>171</sup>.

263 L'effet négatif de l'alinéa (a) s'étend aussi aux États non contractants. Ainsi, par exemple, si A introduit dans l'État X une demande contre B portant sur la validité d'un brevet enregistré dans l'État Y, le jugement qui s'ensuit n'est reconnu ou exécuté dans aucun autre État, que l'État Y soit aussi un État contractant ou non.]

Alinéa (b)

264 **Droits réels immobiliers.** L'alinéa (b) établit un fondement exclusif de la reconnaissance et de l'exécution des jugements portant sur les droits réels immobiliers. Selon cette disposition, un jugement portant sur ce type de droits *ne* circulera en vertu du projet de Convention *que s'il* a été rendu par les tribunaux de l'État où se situe l'immeuble. Ainsi, les jugements portant sur ces matières rendus par les tribunaux d'autres États ne doivent être reconnus ou exécutés ni en vertu du projet de Convention, ni en vertu du droit interne. Exemple : si A introduit une demande contre B dans l'État X en ce qui concerne un droit réel sur un immeuble situé dans l'État Y, le jugement qui s'ensuit n'est reconnu ou exécuté dans aucun autre État. Comme dans le cas de l'alinéa (a), cette conclusion est valable, que l'État Y soit aussi un État contractant ou non.

<sup>169</sup> Naturellement, l'autorité administrative peut intervenir dans cette procédure.

<sup>170</sup> Naturellement, la reconnaissance ou l'exécution peut être refusée en vertu de l'art. 7 du projet de Convention.

<sup>171</sup> Notons que puisque l'art. 5 n'établit aucun critère de compétence pour la reconnaissance ou l'exécution des jugements portant sur la validité ou l'enregistrement de droits de propriété intellectuelle enregistrés, l'expression « Nonobstant l'article 5 » dans le chapeau de l'art. 6 n'a pas de signification particulière en ce qui concerne l'art. 6(a).



limbs lay down “absolute” exclusive bases of jurisdiction for registered intellectual property rights and rights *in rem* over immovable property. The third limb lays down a “conditional” exclusive basis of jurisdiction for tenancies of immovable property. It can be considered “conditional” since its application depends on whether the law of the State where the immovable property is situated grants its courts exclusive jurisdiction.

257 Article 6, however, only applies to judgments ruling on those matters as the main object of the proceedings. The draft Convention contains a special rule where those matters arose merely as a preliminary or incidental issue (see *infra* Art. 8).

[*Sub-paragraph (a)*]

258 **[Introduction.** Sub-paragraph (a) lays down an exclusive basis of jurisdiction for the recognition and enforcement of judgments on the [*registration or*] *validity* of intellectual property rights required to be granted or registered. These judgments shall be recognised and enforced *if and only if* the State of origin is the State in which grant or registration of the right concerned has taken place, or, under the terms of an international or regional instrument, is deemed to have taken place. This provision mirrors the widely accepted principle that the State of registration of an intellectual property right should have exclusive jurisdiction to deal with issues of validity [*and registration*] of such right.

259 **Scope.** This provision is parallel to Article 5(3)(a). Both apply to the same intellectual property rights required to be granted or registered (see *supra* paras 239-247). Both also use the same connecting factor: the State of origin must be the State in which grant or registration has taken place, or is deemed to have taken place under the terms of an international or regional instrument (see *supra* para. 243). The difference lies in the nature of the dispute: Article 5(3)(a) applies to judgments on an *infringement* of those rights, whereas Article 6(a) applies to judgments on the [*registration or*] *validity* of those rights.<sup>167</sup> They also differ in the fact that only Article 6(a) excludes recognition and enforcement of judgments under national law.

260 The words “registration or” are placed in square brackets because delegations in the Special Commission were divided as to whether “validity” subsumes “registration”.<sup>168</sup> Some experts explained that both terms can occur in tandem in some other instruments, so they are closely related though not the same thing, whereas other experts thought that “validity” entirely subsumes “registration”.

261 **Relationship with Article 2(1)(j).** Sub-paragraph (a) applies to judgments on the [*registration or*] *validity* of a

<sup>167</sup> It is debatable whether “ownership” is covered by Art. 6(a) or not. According to the ECJ, in the context of Art. 22(4) Brussels I Recast Regulation, the term *validity* does not encompass the question of who must be regarded as the proprietor of a registered IP right (Judgment of 5 October 2017, *Hanssen Beleggingen*, C-341/16, EU:C:2017:738: Art. 22(4) Brussels I Recast does not apply to proceedings between an assignee of a registered trade mark and the heir of the assignor). Note that if it were not covered, judgments on ownership over registered intellectual property rights would not circulate under the draft Convention.

<sup>168</sup> See Minutes of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2017), Minutes No 6, paras 8-9; see also ECJ, Judgment of 5 October 2017, *Hanssen Beleggingen BV v. Tanja Prast-Knippling*, C-341/16, EU:C:2017:738.

granted or registered intellectual property right. The validity of entries in public registries is, however, a matter excluded from the scope of the draft Convention in accordance with Article 2(1)(j) (see *supra* paras 52-53). As explained above, this exclusion covers disputes between the applicant (or an interested third party) and the administrative authority in charge of the register. These disputes normally arise in the context of an application for registration, such as when registration is refused or amended and the applicant challenges such a decision. This dispute would ordinarily qualify as an administrative matter, and would thus be excluded from the scope of the draft Convention under Article 1(1). Sub-paragraph (a), however, applies to disputes between private persons over the validity [*or registration*] of an intellectual property right. For example, where a patent is registered and a party brings a claim against the registered owner challenging the validity of the patent. Such a claim could be, for example, based upon expiration of the time of protection.<sup>169</sup>

262 **Consequences.** Sub-paragraph (a) establishes an exclusive basis for recognition and enforcement for judgments ruling on the registration or validity of registered intellectual property rights. This has both a positive and a negative effect, expressed by the phrase “*if and only if*”. The positive effect is that judgments that ruled on the registration or validity of a registered intellectual property right shall be recognised and enforced *if* the State of origin is the State in which grant or registration has taken place, or is deemed to have taken place under the terms of an international or regional instrument.<sup>170</sup> The negative effect is that a judgment ruling on registration or validity of a registered right given by a court from a State other than the State of registration *shall not be* recognised or enforced under national law. For this reason, Article 16 starts by saying “Subject to Article 6” (see *infra* paras 367-369).<sup>171</sup>

263 The negative effect of sub-paragraph (a) also includes non-Contracting States. Thus, for example, if A brings a claim against B in State X on the validity of a patent registered in State Y, the ensuing judgment shall not be recognised or enforced in any other State, irrespective of whether State Y is also a Contracting State or not.]

*Sub-paragraph (b)*

264 **Rights *in rem* in immovable property.** Sub-paragraph (b) establishes an exclusive basis for recognition and enforcement of judgments that rule on rights *in rem* in immovable property. According to this provision, a judgment that rules on such rights will circulate under the draft Convention *if and only if* it was given by the courts of the State where the immovable property is situated. Thus, judgments on such matters given by the courts of other States must not be recognised or enforced either under the draft Convention or under national law. For example, if A brings a claim against B in State X on a right *in rem* over an immovable property situated in State Y, the ensuing judgment shall not be recognised or enforced in any other State. As in the case of sub-paragraph (a), this conclusion holds irrespective of whether State Y is also a Contracting State.

<sup>169</sup> Naturally, the administrative authority may intervene in these proceedings.

<sup>170</sup> Naturally, recognition or enforcement may be refused under Art. 7 of the draft Convention.

<sup>171</sup> Note that since Art. 5 does not establish any bases of jurisdiction for the recognition or enforcement of judgments on the validity or registration of intellectual property registered rights, the terms “Notwithstanding Article 5” in the *chapeau* of Art. 6 do not have any particular meaning as regards Art. 6(a).

265 **Raisonnement.** Il s'agit d'une catégorie courante et non controversée de compétence exclusive dans de nombreux systèmes juridiques. Les tribunaux de l'État où l'immeuble est situé sont les mieux placés, pour des raisons de proximité, pour apprécier les faits de manière satisfaisante et pour appliquer les règles et les pratiques régissant les droits réels, généralement celles de l'État dans lequel l'immeuble est situé. En outre, ces procédures impliquent habituellement l'inscription dans des registres publics ou d'autres actes publics<sup>172</sup>.

266 **Champ d'application : droits réels.** L'alinéa (b) s'applique aux procédures ayant pour objet des droits réels, c'est-à-dire des droits qui concernent directement un immeuble et qui sont opposables « à tous » (*erga omnes*)<sup>173</sup>. La notion de droits réels recouvre, par exemple, la propriété, les hypothèques, l'usufruit et les servitudes. L'alinéa (b) couvre les actions visant à déterminer l'existence de ces droits, leur étendue et leur teneur, et à donner aux titulaires la protection des pouvoirs attachés à la titularité. Inversement, les actions fondées sur des droits personnels ayant un simple lien avec un immeuble n'entrent pas dans le champ d'application de cette disposition. Ainsi, une action personnelle aux fins de la livraison d'un immeuble basée sur un contrat de vente (c.-à-d. que la question est l'obligation personnelle qu'a le défendeur d'accomplir tous les actes nécessaires pour transférer et remettre le bien) ou une action en responsabilité délictuelle portant sur des dommages à un immeuble ne sont pas couvertes par cette disposition. Les droits réels mobiliers sont également exclus du champ d'application de cet article.

267 **Immeuble.** Le terme « immeuble » n'est pas défini dans le projet de Convention, mais il doit être considéré comme recouvrant le fonds de terre, les services fonciers ou les améliorations du fonds de terre ainsi que les accessoires (par opposition aux biens meubles), en ce compris tout ce qui est incorporé, scellé ou fixé au sol ou attaché de manière permanente à toute chose incorporée, scellée ou fixée au sol. Ces indications relatives aux immeubles ne sont pas exhaustives.

#### Alinéa (c)

268 **Introduction.** L'alinéa (c) prévoit un critère de compétence exclusive en matière de baux immobiliers de plus de six mois (« baux immobiliers à long terme »), mais seulement si la loi de l'État où l'immeuble est situé établit cette compétence exclusive. Fondamentalement, cette règle reconnaît et donne effet à la politique de certains États favorable à la compétence exclusive sur les baux.

269 **Raisonnement.** Cette disposition est un compromis entre deux politiques opposées. Dans certains États et territoires, les baux immobiliers sont traités comme des droits réels et, en conséquence, la compétence exclusive en vertu de l'alinéa (b) couvre les deux matières. C'est souvent le cas dans les États et territoires où les baux immobiliers sont soumis à un régime spécial obligatoire destiné à protéger les locataires. Dans d'autres États et territoires en revanche, les baux sont traités comme des contrats (c.-à-d. des droits personnels) sans exclusivité accordée aux tribunaux de l'État dans lequel l'immeuble est situé. Le projet de Convention adopte la deuxième approche comme point de départ. Conformément à l'article 5(1)(h), un jugement portant sur un bail immobilier est susceptible d'être reconnu et exécuté s'il a été rendu dans l'État où est situé l'immeuble. Toutefois, cette disposition n'exclut pas l'application d'autres

critères de compétence, tels que la résidence habituelle du défendeur, visée à l'article 5(1)(a). Ainsi, un jugement rendu par les tribunaux de l'État où le défendeur avait sa résidence habituelle (l'État X) circulera en vertu du projet de Convention même s'il portait sur un bail relatif à un immeuble situé dans un autre État (État Y). L'alinéa (c) pose une exception à cette règle ; toutefois, son champ d'application est limité (voir, *supra*, para. 198).

270 **Conditions d'application.** Aux termes de cette disposition, un jugement portant sur un bail immobilier pour une période de plus de six mois ne peut être reconnu ou exécuté si l'immeuble n'est pas situé dans l'État d'origine et les tribunaux de l'État dans lequel se trouve l'immeuble ont compétence exclusive en vertu du droit de cet État. Premièrement, cette disposition ne s'applique qu'aux « baux à long terme », c'est-à-dire aux baux de durée supérieure à six mois. Et deuxièmement, elle ne s'applique que si la loi de l'État où l'immeuble est situé attribue aux tribunaux de cet État une compétence exclusive sur cette matière. Ainsi, par exemple, un jugement portant sur un bail à long terme rendu par les tribunaux de l'État où le défendeur avait sa résidence habituelle (État X) n'est pas susceptible d'être reconnu ou exécuté en vertu du projet de Convention ou en vertu du droit interne si l'immeuble est situé dans un autre État (État Y) dont la loi attribue une compétence exclusive à ses tribunaux sur cette matière.

271 L'alinéa (c) de l'article 6 diffère des deux autres alinéas de cette disposition. En effet, il ne prévoit pas un critère de compétence exclusive harmonisé et renvoie au droit interne de l'État où l'immeuble est situé. En outre, il ne s'applique que si cet État est un État contractant. Dans l'exemple qui précède, l'alinéa (c) ne s'applique que si l'État Y, où l'immeuble est situé et dont la loi accorde une compétence exclusive à ses tribunaux, est un État contractant (en principe, au moment où la procédure a été introduite dans l'État X). Enfin, l'alinéa (c) ne contient pas de critère de compétence positif (qui se trouve à l'art. 5(3)(a) et (b)) mais seulement un critère de compétence négatif : il interdit la reconnaissance ou l'exécution de certains jugements si les conditions de son application sont remplies.

272 **Baux à long terme.** L'alinéa (c) ne s'applique qu'aux baux immobiliers de durée supérieure à six mois<sup>174</sup>. Il recouvre tous les baux immobiliers, indépendamment de leur nature, c.-à-d. à usage professionnel, commercial ou personnel. En outre, cette disposition couvre les litiges entre le propriétaire et le locataire qui concernent, par exemple, l'existence ou l'interprétation du contrat de bail, l'expulsion, la réparation des dommages causés par le locataire ou le recouvrement des loyers.

#### Article 7 – Refus de reconnaissance et d'exécution

273 La reconnaissance et l'exécution des jugements est l'objectif central du projet de Convention, qui est prévu de façon générale à l'article 4, les critères de compétence étant énoncés aux articles 5 et 6. Le projet de Convention prévoit aussi des moyens de défense spécifiques contre la reconnaissance et l'exécution à l'article 7. Ces moyens sont groupés en deux catégories. La première, prévue au paragraphe premier, énumère les motifs qui *autorisent*, mais n'obligent pas, l'État requis à refuser la reconnaissance ou l'exécution en raison, soit des modalités de la procédure dans l'État d'origine, soit du contenu du jugement lui-même. Comme le confirme l'article 4(1), c'est une liste exhaustive

<sup>172</sup> Pour les arguments en faveur de ce critère de compétence, voir le Rapport Nygh/Pocar, para. 164.

<sup>173</sup> *Ibid.*

<sup>174</sup> Les co-Rapporteurs notent que le texte n'exige pas que les « six mois » soient consécutifs et invitent à réfléchir sur ce point.

**265 Rationale.** This is a common and uncontroversial category of exclusive jurisdiction in many legal systems. The courts of the State where the immovable property is situated are the best placed, for reasons of proximity, to ascertain the facts and apply the rules and practices governing rights *in rem* which are generally those of the State in which the property is situated. Furthermore, such proceedings usually involve public registers or other public documents.<sup>172</sup>

**266 Scope: rights in rem.** Sub-paragraph (b) applies to proceedings which have as their object rights *in rem*, *i.e.*, rights that directly concern an immovable property and are enforceable “against everybody (*erga omnes*)”.<sup>173</sup> The concept of rights *in rem* includes, for example, ownership, mortgages, usufructs or servitudes. Sub-paragraph (b) covers actions which seek to determine the existence of those rights, their extent and content, and to provide the holders with the protection of the powers attached to their entitlements. Conversely, actions based on rights *in personam* merely connected with immovable property are not included within the scope of this provision. Thus, for example, a personal action for the delivery of an immovable property based on a contract for sale (*i.e.*, where the issue is the defendant’s personal obligation to carry out all acts necessary to transfer and hand over the property) or an action in tort for damages to an immovable property are not covered by this provision. Rights *in rem* over movable property are also not included in the scope of application of this Article.

**267 Immovable property.** The term “immovable property” is not defined under the draft Convention, but it should be taken to include land, benefits or improvements to land, and fixtures (as opposed to chattels), including things embedded, attached, or affixed to the earth, or permanently fastened to anything embedded, attached, or affixed to the earth. This guidance in relation to immovable property is not exhaustive.

#### *Sub-paragraph (c)*

**268 Introduction.** Sub-paragraph (c) provides an exclusive basis for jurisdiction for tenancies longer than six months (“long-term tenancies”), but only if the law of the State where the immovable property is situated establishes such exclusive jurisdiction. Essentially, this rule recognises and gives effect to the policy of certain States in favour of exclusive jurisdiction for tenancies.

**269 Rationale.** This provision is a compromise between two conflicting policies. In some jurisdictions, tenancies over immovable property are treated in the same way as rights *in rem* and, accordingly, the exclusive jurisdiction under sub-paragraph (b) covers both matters. This is often the case in jurisdictions where tenancy contracts are subject to a special, mandatory regime designed to protect tenants. In other jurisdictions, conversely, tenancies are treated as contracts (*i.e.*, rights *in personam*) without conferring any exclusivity to the courts of the State where the immovable property is located. The draft Convention takes the second approach as its starting point. In accordance with Article 5(1)(h), a judgment that rules on a tenancy of immovable property is eligible for recognition and enforcement if it was given in the State in which the property is situated. But this provision does not exclude the application of other

jurisdictional filters, for example Article 5(1)(a), *i.e.*, the habitual residence of the defendant. Thus, a judgment given by the courts of the State where the defendant was habitually resident (State X) will circulate under the draft Convention even if it ruled on a tenancy over an immovable property located in another State (State Y). Sub-paragraph (c) lays down an exception to this rule. The scope of this exception is, however, limited (see *supra* para. 198).

**270 Conditions for application.** According to this provision, a judgment that rules on a tenancy of immovable property for a period of more than six months shall not be recognised or enforced if the property is not situated in the State of origin and the courts of the State in which it is situated have exclusive jurisdiction under the law of that State. First, the provision only applies to “long-term tenancies”, *i.e.*, tenancies for a period of more than six months. And second, it only applies if, under the law of the State where the immovable property is situated, the courts of this State have exclusive jurisdiction in this matter. Thus, for example, a judgment on a long-term tenancy given by the courts of the State where the defendant was habitually resident (State X) is not eligible for recognition or enforcement, either under the draft Convention or under national law, if the property is situated in another State (State Y) and according to the law of State Y, its courts have exclusive jurisdiction over that matter.

271 Sub-paragraph (c) of Article 6 is different from the other two limbs of this provision. It does not provide a harmonised basis of exclusive jurisdiction, but instead refers to the national law of the State where the immovable property is situated. Furthermore, it only applies if this State is a Contracting State. In the example immediately above, sub-paragraph (c) will only apply if State Y, where the immovable property is situated, and whose law grants State Y’s courts exclusive jurisdiction, is a Contracting State (in principle, at the time the proceedings were instituted in State X). Finally, sub-paragraph (c) does not contain a positive basis of jurisdiction (which is found in Art. 5(3)(a) and (b)) but only a negative basis: it prohibits recognition or enforcement of certain judgments if the conditions for its application are met.

**272 Long-term tenancies.** Sub-paragraph (c) only applies to tenancies of immovable property for a period of more than six months.<sup>174</sup> It includes any tenancy irrespective of its nature, *i.e.*, for a professional, commercial or personal purpose. Furthermore, the provision covers disputes between landlord and tenant including, for example, on the existence or interpretation of the tenancy agreement, eviction, compensation for damages caused by the tenant, or the recovery of rent.

#### *Article 7 – Refusal of recognition and enforcement*

273 Recognition and enforcement of judgments is the main objective of the draft Convention and is generally provided for under Article 4, with jurisdictional requirements set out in Articles 5 and 6. The draft Convention also sets out specific defences to recognition and enforcement in Article 7. These are grouped into two categories. The first, in paragraph 1, lists grounds that *allow*, but do not require, the requested State to refuse recognition or enforcement based either on the way the proceedings took place in the State of origin or on the nature or content of the judgment itself. As confirmed in Article 4(1), this is an exhaustive list that lim-

<sup>172</sup> For the arguments in favour of this basis for jurisdiction, see Nygh/Pocar Report, para. 164.  
<sup>173</sup> *Ibid.*

<sup>174</sup> The *co-Rapporteurs* note that the text does not require the “six months” to be consecutive and invite consideration of this point.

qui limite les motifs que le débiteur d'un jugement peut invoquer pour éviter la reconnaissance ou l'exécution dans l'État requis et ce qu'un tribunal dans l'État requis peut faire. La seconde catégorie concerne la situation particulière d'une procédure pendante internationale ; elle est couverte par le paragraphe 2.

#### Paragraphe premier

**274 Introduction.** Ce paragraphe prévoit sept motifs pouvant conduire à refuser la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement dans l'État requis, qui reproduisent pour l'essentiel la disposition équivalente de la Convention Élection de for de 2005<sup>175</sup>. Les motifs prévus aux alinéas (a), (b) et (d) concernent la manière dont l'instance a été introduite et conduite dans l'État d'origine. Les motifs énoncés aux paragraphes (c) et (e) concernent l'effet que la reconnaissance ou l'exécution aurait dans l'État requis. Enfin, l'alinéa (f) considère les jugements rendus dans un État tiers.

**275** L'article 7 établit que la reconnaissance ou l'exécution « peut » être refusée si l'un au moins des motifs prévus est présent. Toutefois, cette disposition est adressée aux États. Les États peuvent (i) adopter une législation nationale qui ne prévoit pas le refus dans certaines de ces circonstances ; (ii) exiger la reconnaissance et l'exécution dans ces circonstances ou (iii) préciser des critères supplémentaires pertinents pour l'exercice du pouvoir d'appréciation.

#### Alinéa (a)

**276 Introduction.** Le premier moyen de défense contre la reconnaissance ou l'exécution a trait à la manière dont la demande introduite dans l'État d'origine a été notifiée au défendeur<sup>176</sup> (alinéa (a)). Il prévoit essentiellement qu'une notification inappropriée au défendeur justifiera le refus de reconnaissance ou d'exécution.

**277 Acte introductif d'instance.** L'acte qui doit être notifié au défendeur est l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande. L'objet de cette disposition est de garantir que les éléments essentiels de la demande ont été notifiés au défendeur et que celui-ci a eu la possibilité d'organiser sa défense. Ainsi, la notion d'acte introductif d'instance comprend tout acte qui, en vertu de la loi de l'État d'origine, introduit une instance de telle manière qu'elle permet au plaignant d'obtenir un jugement susceptible de circuler en vertu du projet de Convention<sup>177</sup>. En outre, l'acte doit contenir les « éléments essentiels de la demande » afin de permettre au défendeur de prendre une décision raisonnable quant à sa stratégie procédurale.

**278** L'alinéa (a) prévoit deux situations dans lesquelles les modalités de la notification peuvent justifier un refus de reconnaître et d'exécuter un jugement. La première concerne les intérêts du défendeur, la seconde ceux de l'État requis lorsque la notification y a été effectuée<sup>178</sup>.

**279 Protection du défendeur.** En vertu de l'alinéa (a)(i), il s'agit de savoir si le défendeur a eu connaissance en temps utile de la demande introduite dans l'État d'origine. Cette disposition vise à garantir le principe le plus fondamental

de la justice procédurale : le droit d'être entendu<sup>179</sup>. Le critère de la notification appropriée n'est pas technique, mais factuel<sup>180</sup>. La possibilité qu'a le défendeur d'invoquer l'alinéa (a)(i) dépend de son comportement dans l'État d'origine. S'il n'a pas comparu devant le tribunal d'origine et si le jugement a été rendu par défaut, le vice de notification pourra être invoqué dans l'État requis pour refuser la reconnaissance ou l'exécution, tandis qu'il ne pourra pas être invoqué si le défendeur a « comparu et présenté sa défense » devant le tribunal d'origine sans contester la notification<sup>181</sup>. Cette condition garantit que la notification est contestée dès que possible et devant le tribunal le mieux placé pour corriger toute carence de la notification, par exemple accorder un ajournement. Lorsque la loi de l'État d'origine n'autorise pas à contester la notification, la condition ne s'applique pas.

**280 Notification par publication.** En principe, la question de savoir si l'acte introductif d'instance a été notifié au défendeur dans les formes et les délais prescrits doit être déterminée à la lumière des dispositions du projet de Convention. L'alinéa (a)(i) n'exige pas une notification personnelle au défendeur, et d'autres méthodes de notification peuvent satisfaire à cette condition, par exemple, une notification à certaines personnes autres que le défendeur, comme un de ses salariés, ou même une notification par publication. S'agissant de l'adéquation de la publication, des tribunaux ont conclu qu'il n'y a pas d'atteinte au droit d'être entendu si le tribunal requis s'est assuré que toutes les recherches requises par les principes de diligence et de bonne foi ont été entreprises pour retrouver le défendeur<sup>182</sup>.

**281 Protection de l'État requis.** En vertu de l'alinéa (a)(ii), la question est de savoir si les modalités de la notification au défendeur étaient incompatibles avec les principes fondamentaux de l'État requis relatifs à la notification des actes. Cet alinéa ne s'applique que lorsque la notification au défendeur est intervenue dans l'État requis. Elle est donc d'application très limitée et ne permet pas à l'État requis d'apprécier la notification dans un autre État conformément à la loi de l'État requis ou même à celle de l'État ou la notification a été effectuée<sup>183</sup>. Elle n'autorise pas non plus l'État requis à apprécier la notification dans l'État requis en fonction de la loi générale de cet État, c'est-à-dire la *lex fori*. L'alinéa (a)(ii) limite la référence aux *principes fondamentaux [...] relatifs à la notification de documents* dans l'État requis<sup>184</sup>.

<sup>179</sup> Cette disposition se recoupe donc avec l'alinéa (c), qui renvoie spécifiquement aux principes fondamentaux de l'équité procédurale. L'alinéa (a) peut ainsi être envisagé comme une application particulière de l'alinéa (c) en ce qui concerne la notification, avec ses propres conditions, qui doivent, a priori, exclure le recours à l'alinéa (c) sur les questions qui relèvent de l'alinéa (a).

<sup>180</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 186, en particulier la note 225.

<sup>181</sup> Cela rappelle le critère de compétence de la soumission visé à l'art. 5(1)(f). Les différentes expressions employées (« s'est défendu sur le fond » et « comparu et présenté sa défense ») indiquent que les actions ouvertes au défendeur en vertu de l'art. 7(1)(a)(ii) sont conçues plus largement. Une comparaison doublée d'une objection à la compétence, par exemple, sera suffisante pour exclure une objection fondée sur une notification insuffisante, même s'il n'est pas considéré que le défendeur a fait valoir ses arguments sur le fond.

<sup>182</sup> CJUE, arrêt du 15 mars 2012, *G. c. Cornelius de Visser*, C-292/10, EU:C:2012:142.

<sup>183</sup> L'alinéa (a) porte exclusivement sur la question de savoir si le tribunal requis peut refuser de reconnaître ou d'exécuter le jugement. Le tribunal d'origine aura appliqué son propre droit procédural, y compris les conventions internationales sur la signification et la notification des actes qui sont en vigueur dans l'État en question et sont applicables aux faits de l'espèce. Ces règles, qui pourraient exiger que la notification ou la signification soit conforme à la loi de l'État dans lequel elle a été effectuée ne sont pas affectées par l'alinéa (a). Cependant, sauf dans les limites prévues à l'alinéa (a)(ii), le tribunal requis ne peut refuser de reconnaître ou d'exécuter le jugement au seul motif que la signification ou la notification n'était pas conforme à la loi de l'État dans lequel elle a été effectuée, à la loi de l'État d'origine ou aux conventions internationales sur la signification ou la notification des actes. Voir le Rapport Hartley/Dogauchi, note 224.

<sup>184</sup> Cette disposition se recoupe également avec l'alinéa (c), qui renvoie spécifiquement aux principes fondamentaux de l'équité procédurale. Comme il est indiqué plus haut, l'alinéa (a) peut ainsi être envisagé comme une application particulière de l'alinéa (c) en ce qui concerne la notification, avec ses propres conditions, qui doivent, a priori, exclure le recours à l'alinéa (c) sur les questions qui relèvent de l'alinéa (a).

<sup>175</sup> Art. 9 de la Convention Élection de for de 2005.

<sup>176</sup> Voir la définition du défendeur à l'art. 3(1)(a) du projet de Convention.

<sup>177</sup> Elle reconnaît la diversité des modes d'introduction des demandes déterminés par le droit procédural.

<sup>178</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 185.

its what grounds a judgment debtor can invoke to avoid recognition or enforcement in the requested State, and what a court in the requested State can do. The second category deals with the particular situation of international *lis pendens*, and is covered by paragraph 2.

#### Paragraph 1

**274 Introduction.** This paragraph includes seven grounds that can lead to the refusal to recognise or enforce a judgment in the requested State. They largely replicate the equivalent provision in the 2005 Choice of Court Convention.<sup>175</sup> The grounds in sub-paragraphs (a), (b) and (d) relate to the way in which proceedings were instituted and conducted in the State of origin. Grounds in sub-paragraphs (c) and (e) concern the effect that recognition or enforcement would have in the requested State. Finally, sub-paragraph (f) takes account of judgments rendered in a third State.

**275** Article 7 establishes that States “may” refuse recognition or enforcement if one or more grounds are met. But this provision is addressed to States. States can (i) adopt domestic legislation that does not provide for refusal in some of these circumstances or provide for refusal in all these circumstances; (ii) require recognition and enforcement in some of these circumstances, or (iii) specify additional criteria that are relevant to the exercise of the discretion.

#### Sub-paragraph (a)

**276 Introduction.** The first defence to recognition or enforcement refers to the manner in which the defendant<sup>176</sup> was notified of the claim brought in the State of origin (sub-para. (a)). Essentially, it provides that a lack of proper notification to the defendant will justify non-recognition or enforcement.

**277 Document instituting the proceedings.** The document that must be notified to the defendant is the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including a statement of the essential elements of the claim. The rationale of this provision is to guarantee that the defendant was notified of the elements of the claim and had the opportunity to arrange for his defence. Thus, the concept of the document instituting the proceedings includes any document that, under the law of the State of origin, initiates proceedings in a manner that enables the plaintiff to obtain a judgment which may circulate under the draft Convention.<sup>177</sup> Moreover, the document must contain the “essential elements of the claim” to allow the defendant to make a reasonable decision on a procedural strategy.

**278** The sub-paragraph (a) provides two circumstances in which the notification process may justify a refusal to recognise and enforce a judgment. The first is concerned with the interests of the defendant and the second with the interests of the requested State when notification occurred in the requested State.<sup>178</sup>

**279 Protection of the defendant.** Under sub-paragraph (a)(i), the issue is whether the defendant was made aware in a timely manner of the claim brought in the State of origin. This is to ensure the most basic principle of procedural

justice: the right to be heard.<sup>179</sup> The test for appropriate notification is factual rather than technical.<sup>180</sup> Whether a defendant can rely on sub-paragraph (a)(i) depends on that defendant’s behaviour in the State of origin. If the defendant did not enter an appearance in the court of origin and the judgment was rendered by default, the defence based on improper notification could be invoked to refuse recognition or enforcement. If the defendant “entered an appearance and presented his case” in the court of origin without contesting notification, the defence based on improper notification will not be available in the requested State.<sup>181</sup> This condition ensures that notification is contested at the first opportunity and before the court best capable of addressing any deficiencies in notification, such as by granting an adjournment. Where the law in the State of origin does not permit objections to notification, the condition does not apply.

**280 Service by public notice.** In principle, whether the document instituting proceedings was duly served on a defendant must be determined in the light of the provisions of the draft Convention. Sub-paragraph (a)(i) does not require personal service on the defendant and other methods of service may suffice. For example, a notification on certain persons other than the defendant, *e.g.*, an employee of the defendant, or even by public notice. As to the adequacy of public notice, some courts have concluded that the right to be heard is not violated if the requested court is satisfied that all investigations required by the principles of diligence and good faith have been undertaken to trace the defendant without success.<sup>182</sup>

**281 Protection of the requested State.** Under sub-paragraph (a)(ii), the issue is whether the defendant was notified in a manner that is incompatible with fundamental principles of the requested State concerning service of documents. This sub-paragraph only applies where notification of the defendant took place in the requested State. It is thus of very limited application and does not allow the requested State to assess notification in another State according to the law of the requested State or even under the law of the State where service was effected.<sup>183</sup> Nor does it allow the requested State to assess notification in the requested State according merely to the general law of that State, *i.e.*, the *lex fori*. Sub-paragraph (a)(ii) restricts the reference to the “fundamental principles [...] concerning service of documents” in the requested State.<sup>184</sup>

<sup>175</sup> Art. 9 of the 2005 Choice of Court Convention.

<sup>176</sup> See the definition of defendant in Art. 3(1)(a) of the draft Convention.

<sup>177</sup> This recognises the variety of means by which procedural law determines how claims are started.

<sup>178</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 185.

<sup>179</sup> As such, this overlaps with sub-para. (c) that specifically refers to fundamental principles of procedural fairness. Sub-para. (a) can thus be understood as a specific application of sub-para. (c) in relation to notification, with its own conditions, which should, arguably, exclude recourse to sub-para. (c) on questions falling within sub-para. (a).

<sup>180</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 186, esp. note 225.

<sup>181</sup> This recalls the jurisdictional basis of submission under Art. 5(1)(f). The different expressions used (“argued on the merits” and “entered an appearance and presented his case”) indicate that the possible actions by the defendant under Art. 7(1)(a)(ii) are conceived more broadly. An appearance coupled with an objection to jurisdiction, for example, will suffice to exclude an objection based on insufficient notification, even though the defendant is not considered to have argued on the merits.

<sup>182</sup> ECJ, Judgment of 15 March 2012, *G v. Cornelius de Visser*, C-292/10, EU:C:2012:142.

<sup>183</sup> Sub-para. (a) is concerned solely with whether or not the court addressed may refuse to recognise or enforce the judgment. The court of origin will have applied its own procedural law, including international conventions on the service of documents which are in force for the State in question and are applicable on the facts of the case. These rules, which might require service to be effected in conformity with the law of the State in which it takes place, are not affected by sub-para. (a). However, except to the limited extent provided in sub-para. (a)(ii), the court addressed may not refuse to recognise or enforce the judgment merely on the ground that service did not comply with the law of the State in which it took place, with the law of the State of origin or with international conventions on the service of documents. Hartley/Dogauchi Report, note 224.

<sup>184</sup> This provision also overlaps with sub-para. (c) which specifically refers to fundamental principles of procedural fairness. As noted above, sub-para. (a) can thus be understood as a specific application of sub-para. (c) in relation to notification, with its own conditions, which should, arguably, exclude recourse to sub-para. (c) on questions falling within sub-para. (a).

282 **Raisonnement.** De nombreux États n'ont pas d'objection à la signification d'une assignation étrangère sur leur territoire sans aucune intervention de leurs autorités et la reconnaîtraient<sup>185</sup>. D'autres États considèrent la signification d'une assignation comme un acte souverain et la signification non autorisée des actes étrangers comme une atteinte à leur souveraineté et une signification sans effet à moins que l'autorisation ait été donnée par un accord multilatéral<sup>186</sup>. L'alinéa (a)(ii) tient compte de ce second point de vue en disposant que le tribunal requis peut refuser la reconnaissance ou l'exécution si la notification au défendeur dans l'État requis a été effectuée de manière incompatible avec les principes fondamentaux de cet État relatifs à la notification des documents.

283 Le projet de Convention ne définit pas les « principes fondamentaux » relatifs à la notification des documents. La référence aux principes de *cet État requis* à l'alinéa (a)(ii) suggère qu'aucun sens uniforme ou autonome n'est requis (néanmoins, l'interprétation doit toujours tenir compte de la nécessité d'uniformité de l'interprétation à l'art. 21). La Convention Notification de 1965, en vigueur dans 73 États contractants, dispose que la notification en vertu de cet instrument ne peut être refusée que si celle-ci est de nature à porter atteinte à la souveraineté ou à la sécurité de l'État requis<sup>187</sup>. Bien que le langage des deux instruments diffère, l'objectif de garantie de la protection des principes fondamentaux de l'État requis en ce qui concerne la notification de procédures étrangères dans cet État est équivalent.

#### Alinéa (b)

284 **Introduction.** L'alinéa (b) dispose que l'obtention du jugement par la fraude est un motif de refus de reconnaissance ou d'exécution. La fraude est un comportement visant délibérément à tromper afin d'obtenir un avantage injuste ou illicite ou de priver quelqu'un d'un droit. Alors que la plupart des États considéreraient que ce moyen est compris dans le moyen d'ordre public visé à l'alinéa (c), d'autres traitent la fraude comme un moyen de défense autonome contre la reconnaissance et l'exécution<sup>188</sup>.

285 La disposition équivalente de la Convention Élection de for de 2005 précise qu'elle s'applique à « une fraude relative à la procédure »<sup>189</sup>. Le Rapport Hartley/Dogauchi déclare que cette autre spécificité de la Convention Élection de for de 2005 est présente « parce qu'il peut exister des systèmes de droit dans lesquels l'ordre public ne peut

être soulevé pour les fraudes relatives à la procédure »<sup>190</sup>. Ce rapport donne les exemples suivants pour l'application de ce moyen de défense : lorsqu'une partie « signifie l'attestation [...] délibérément à une mauvaise adresse », fournit sciemment des renseignements erronés au défendeur quant au lieu et à la date de l'audience », « cherche à suborner un juge, juré ou témoin » ou « dissimule délibérément des éléments de preuve essentiels »<sup>191</sup>. Ces exemples concernent les principes fondamentaux de l'équité procédurale, y compris le droit d'être entendu par un tribunal impartial et indépendant<sup>192</sup>. Ils concernent une fraude commise par une partie à la procédure au détriment de l'autre.

286 Le projet de Convention ne comprend pas la limite à « une fraude relative à la procédure ». En effet, il y avait un consensus général autour de l'idée que la fraude sur le fond doit aussi justifier un refus d'exécution. En outre, de nombreux droits internes et accords bilatéraux ne nuancent pas et ne restreignent pas l'invocation de la fraude comme moyen de défense contre l'exécution. La situation en vertu de la Convention Élection de for de 2005 peut être distinguée au motif qu'elle est limitée aux parties qui ont choisi le tribunal qui rend le jugement tandis que le projet de Convention a un champ d'application bien plus étendu, et les débiteurs d'un jugement doivent avoir des moyens de défense proportionnés à ce champ d'application.

287 L'alinéa (b) a donc un champ d'application plus large que la disposition correspondante de la Convention Élection de for de 2005 et couvre la fraude en matière matérielle. Cela pourrait accroître le chevauchement entre cet alinéa et l'alinéa (c) (ordre public)<sup>193</sup>.

#### Alinéa (c) – ordre public

288 **Introduction.** De nombreux systèmes de droit admettent le moyen de défense de l'ordre public contre la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. À l'échelle internationale, ce moyen de défense est présent dans les Conventions de La Haye depuis plusieurs dizaines d'années<sup>194</sup> et figure aussi dans la Convention de New York de 1958. Le texte du projet de Convention reprend le texte de la Convention Élection de for de 2005<sup>195</sup>.

289 **Manifestement incompatible avec l'ordre public.** Le moyen de défense de l'ordre public vise à offrir une dernière protection contre la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger considéré comme « manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis ». On admet généralement que la notion d'ordre public doit être « interprétée strictement » et qu'il ne doit y être recouru

<sup>185</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 187.

<sup>186</sup> La Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (ci-après la « Convention Notification de 1965 ») en est l'exemple le plus important. Voir aussi le Règlement (CE) No 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (signification ou notification des actes), p. 79 à 120.

<sup>187</sup> Art. 13(1). Cela suppose que la demande de notification respecte par ailleurs les autres exigences de la Convention. Pour une analyse de la jurisprudence très restreinte sur cette disposition, voir Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, *Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Notification*, 4<sup>e</sup> éd., La Haye, 2016, para. 220 à 224. La limite fondée sur « la souveraineté ou la sécurité » est également prévue dans la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (art. 12(1)(b)). Voir Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, *Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Preuves*, 3<sup>e</sup> éd., La Haye, 2016, para. 310.

<sup>188</sup> Ce sont surtout des États de *common law* comme le Royaume-Uni, les États-Unis et le Canada. Pour une analyse du moyen de défense fondé sur la fraude dans les négociations en vue de l'avant-projet de Convention de 1999, voir C. Kessedjian, « Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de mars 1998 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Doc. pré-l. No 9 de juillet 1998, *Actes et documents de la Vingtième session (2005)*, tome II, *Jugements* (op. cit. note 1), p. 108 à 142, para. 40 à 45.

<sup>189</sup> Art. 9(d) de la Convention Élection de for de 2005.

<sup>190</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, note 228.

<sup>191</sup> *Ibid.*, para. 188.

<sup>192</sup> Voir, par exemple, le *Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques de 1966* (art. 14) et la *Convention européenne des droits de l'homme* (art. 6(1)).

<sup>193</sup> Le Rapport Hartley/Dogauchi, précise, à la note 228, que « [l]a fraude relative au fond relèverait de l'exception d'ordre public de l'art. 9 e) ».

<sup>194</sup> Voir, par ex., la *Convention du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants*, art. 2 ; la *Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs*, art. 16 ; la *Convention du premier juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps*, art. 10 ; la *Convention du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages*, art. 5 et 14 ; la *Convention Trust de 1985*, art. 18 ; la *Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, art. 24 ; la *Convention Protection des enfants de 1996*, art. 22 et 23 ; la *Convention Protection des adultes de 2000*, art. 21 et 22 ; la *Convention Élection de for de 2005*, art. 6 et 9 ; et la *Convention Recouvrement des aliments de 2007*, art. 22. Il convient de noter que ces Conventions évoquent l'exception d'ordre public dans le contexte de la détermination de la loi applicable au litige.

<sup>195</sup> Art. 9(e) de la Convention Élection de for de 2005. Voir le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 189 et 190.

282 **Rationale.** Many States do not object to service of a foreign document instituting proceedings on their territory without participation of their authorities, and would recognise such service as effective.<sup>185</sup> Other States consider service of documents instituting proceedings a sovereign act and unauthorised service of foreign documents an infringement of their sovereignty and ineffective service unless permission has been given through a multilateral agreement.<sup>186</sup> Sub-paragraph (a)(ii) takes account of this latter point of view by providing that the court addressed may refuse recognition or enforcement if the defendant was served in the requested State in a manner that was incompatible with fundamental principles of that State concerning service of documents.

283 The draft Convention does not define “fundamental principles concerning service of documents”. The reference in sub-paragraph (a)(ii) to the principles of that requested State, suggests that no uniform or autonomous meaning is required (nevertheless, interpretation must always take into account the call for uniform interpretation in Art. 21). The 1965 Service Convention, in force in 73 Contracting States, provides that notification under that instrument can only be refused if compliance would infringe the sovereignty or security of the requested State.<sup>187</sup> While the language in the two instruments is different, the objective – to ensure the protection of fundamental principles of the requested State with regard to notification of foreign proceedings in that State – is equivalent.

#### *Sub-paragraph (b)*

284 **Introduction.** Sub-paragraph (b) provides that fraud in obtaining the judgment is a ground for refusing recognition or enforcement. Fraud refers to behaviour that deliberately seeks to deceive in order to secure an unfair or unlawful gain or to deprive another of a right. While most States would subsume this defence within the public policy defence in sub-paragraph (c), others treat fraud as a self-standing defence to recognition and enforcement.<sup>188</sup>

285 The equivalent provision in the 2005 Choice of Court Convention specifies that it applies to fraud “in matters related to procedure”.<sup>189</sup> The Hartley/Dogauchi Report states that this additional specificity in the 2005 Choice of Court Convention is present as “there may be some legal systems in which public policy cannot be used with regard

to procedural fraud”.<sup>190</sup> That report provides the following examples for the application of the defence: where a party deliberately “serves the writ [...] on the wrong address”, “gives the wrong information as to the time and place of the hearing”, “seeks to corrupt a judge or witness” or “conceals key evidence”.<sup>191</sup> These examples relate to the fundamental principles of procedural fairness, including the right to be heard by an impartial and independent tribunal.<sup>192</sup> They concern fraud perpetrated by one party to the proceedings to the detriment of the other party.

286 The draft Convention does not include the limitation to fraud “in matters related to procedure”. There was general consensus that substantive fraud should also justify a refusal to enforce. Moreover, many national laws and bilateral agreements do not qualify or restrict the use of fraud as a defence to enforcement. The situation under the 2005 Choice of Court Convention can be distinguished on the ground that it is limited to parties who have chosen the rendering court whereas the draft Convention is much broader in scope, and judgment debtors should be afforded defences commensurate with that scope.

287 Sub-paragraph (b) therefore has a wider scope of application than the corresponding provision in the 2005 Choice of Court Convention and covers fraud in substantive matters. This could potentially increase the overlap between this sub-paragraph and sub-paragraph (c) (public policy).<sup>193</sup>

#### *Sub-paragraph (c) – public policy*

288 **Introduction.** The public policy defence to recognition and enforcement of foreign judgments is widely admitted across legal systems. Internationally, it has been included in relevant Hague Conventions for decades<sup>194</sup> and is found in the 1958 New York Convention. The text in the draft Convention replicates the formulation used in the 2005 Choice of Court Convention.<sup>195</sup>

289 **Manifestly incompatible with public policy.** The public policy defence is a final safeguard against recognition or enforcement of a foreign judgment that is considered to be “manifestly incompatible with the public policy of the requested State”. It is widely accepted that the concept of public policy must be “interpreted strictly” and

<sup>185</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 187.

<sup>186</sup> The Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters (hereinafter, “1965 Service Convention”) is the most important example. See also Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), pp. 79–120.

<sup>187</sup> Art. 13(1). This assumes that the request for notification otherwise complies with the other requirements of the Convention. For a discussion of the very sparse jurisprudence on this provision, see Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, *Practical Handbook on the Operation of the Service Convention*, 4th ed., The Hague, 2016, paras 220–224. The limitation based on “sovereignty or security” is also included in the *Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters* (Art. 12(1)(b)). See Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, *Practical Handbook on the Operation of the Evidence Convention*, 3rd ed., The Hague, 2016, para. 310.

<sup>188</sup> These are mainly States in the common law tradition such as the UK, the USA and Canada. For a discussion on the fraud defence in negotiations for the 1999 preliminary draft Convention, see C. Kessedjian, “Synthesis of the Work of the Special Commission of March 1998 on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters”, Prel. Doc. No 9 of July 1998, in *Proceedings of the Twentieth Session (2005)*, Tome II, *Judgments* (op. cit. note 1), pp. 109–143, paras 40–45.

<sup>189</sup> Art. 9(d) of the 2005 Choice of Court Convention.

<sup>190</sup> Hartley/Dogauchi Report, note 228.

<sup>191</sup> *Ibid.*, para. 188.

<sup>192</sup> See, for example, the 1966 *United Nations International Covenant on Civil and Political Rights* (Art. 14) and the *European Convention on Human Rights* (Art. 6(1)).

<sup>193</sup> Hartley/Dogauchi Report, note 228, states that “[f]raud as to the substance could fall under the public policy exception in Art. 9 e)”.<sup>194</sup>

<sup>194</sup> See, e.g., the Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children, at Art. 2; the Convention of 5 October 1961 concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of infants, at Art. 16; the *Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations*, at Art. 10; the *Convention of 14 March 1978 on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages*, at Arts 5 and 14; the 1985 *Trusts Convention*, at Art. 18; the *Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*, at Art. 24; the 1996 *Child Protection Convention*, at Arts 22 and 23; the 2000 *Protection of Adults Convention*, at Arts 21 and 22; the 2005 *Choice of Court Convention*, at Arts 6 and 9, and the 2007 *Child Support Convention*, at Art. 22. It is noted that some of these Conventions refer to the public policy exception in the context of determining the applicable law to the dispute.

<sup>195</sup> Art. 9(e) of the 2005 Choice of Court Convention. See also Hartley/Dogauchi Report, paras 189–190.

« que dans les situations exceptionnelles »<sup>196</sup>. La reconnaissance ou l'exécution du jugement en question « devrait constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État où l'exécution est demandée ou d'un droit reconnu comme fondamental au sein de cet ordre juridique »<sup>197</sup>.

290 « Manifestement » est un seuil élevé, destiné à garantir que les jugements des États sont reconnus et exécutés par les autres États sauf s'il existe un motif impérieux d'ordre public de ne pas le faire dans une situation donnée. L'adverbe « manifestement » a été employé précédemment pour dissuader d'un recours excessif à l'exception d'ordre public et pour limiter son emploi aux cas dans lesquels la reconnaissance et l'exécution produiraient un « résultat intolérable »<sup>198</sup>.

291 **Principes d'équité procédurale.** La formulation du moyen de défense de l'alinéa (c) est plus précise que celle qui a été retenue dans les précédents instruments de La Haye hormis la Convention Élection de for de 2005. En vertu de l'alinéa (c), l'ordre public comprend expressément « les cas où la procédure appliquée en l'espèce pour obtenir le jugement était incompatible avec les principes fondamentaux d'équité procédurale » de l'État requis. Le Rapport Hartley/Dogauchi<sup>199</sup> explique que dans certains États, les principes fondamentaux de l'équité procédurale (également appelés respect des droits de la défense, justice naturelle ou droit à un procès équitable) sont des normes constitutionnelles<sup>200</sup>. Dans ces États, il pourrait être inconstitutionnel de reconnaître un jugement étranger obtenu dans une instance dans le cadre de laquelle une violation fondamentale de ces principes est survenue. La référence à l'alinéa (c) se recoupe avec les garanties procédurales et les principes fondamentaux relatifs à la notification de l'alinéa (a) et avec les pré-occupations relatives à l'équité procédurale face à la fraude de l'alinéa (b). Cela devrait garantir qu'une protection procédurale appropriée est apportée aux parties face à une procédure de reconnaissance et d'exécution, indépendamment de la façon dont ces questions sont traitées dans l'État requis<sup>201</sup>.

292 **Contenu de l'ordre public.** Le contenu du moyen d'ordre public est notoirement difficile à définir mais sa portée, dans le projet de Convention, doit être envisagée par rapport aux autres dispositions du texte. Comme il est indiqué plus haut, il y a chevauchement entre les autres moyens prévus au paragraphe premier et le moyen d'ordre public, et ce dernier doit être interprété en conséquence, comme n'allant au-delà des spécificités de ces moyens que lorsque considérer le contraire serait en contradiction « manifeste » avec les politiques fondamentales de l'État requis.

<sup>196</sup> Voir *Sheriff Court of Lothian and Borders at Selkirk*, 2012 S.L.T. (Sh Ct) 189 [à propos de l'art. 22 de la Convention Protection des adultes de 2000], « l'emploi du terme 'manifestement' suggère des circonstances dans lesquelles la reconnaissance d'une ordonnance serait contraire à la conscience juridique du tribunal » ; *W c. W (Foreign Custody Order: Enforcement)*, 2005 WL 2452746 [qui applique le Règlement Bruxelles II bis (CE No 1347/2000)], « le tribunal a conclu qu'il convient d'interpréter strictement cette disposition attendu qu'elle constitue un obstacle à la réalisation d'un des objectifs fondamentaux de la Convention. Concernant plus particulièrement le recours à la disposition portant sur l'ordre public, le tribunal a clairement déclaré qu'un tel recours n'est possible que dans des cas exceptionnels. »

<sup>197</sup> Voir le Rapport explicatif par M. Fausto Pocar sur la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée à Lugano le 30 octobre 2007 (ci-après, le « Rapport Pocar sur la Convention de Lugano de 2007 »), JO 2009/C 319/01.

<sup>198</sup> Voir Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, *Manuel pratique Responsables de dossiers Convention Recouvrement des aliments de 2007*, La Haye, 2014 ; voir aussi *Chaudhary c. Chaudhary*, Court of Appeal, [1985] 2 W.L.R. 350.

<sup>199</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 190.

<sup>200</sup> Pour l'Europe, voir l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ; pour les États-Unis d'Amérique, voir le cinquième et le quatorzième amendements de la Constitution américaine. De nombreux autres États ont des dispositions similaires.

<sup>201</sup> Voir aussi le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 153, sur l'exclusion de la fraude relative à la procédure du moyen d'ordre public dans certains États.

293 Le caractère exceptionnel du moyen d'ordre public implique qu'il ne suffit pas à la partie qui s'oppose à la reconnaissance ou à l'exécution d'invoquer une règle obligatoire du droit de l'État requis que le jugement étranger ne respecte pas. De fait, cette règle obligatoire peut être considérée impérative pour les affaires internes, mais non pour les situations internationales. L'exception d'ordre public visée à l'alinéa (c) ne doit entrer en jeu que lorsque cette règle obligatoire reflète une valeur fondamentale dont la violation serait manifeste si l'exécution du jugement étranger était autorisée. En ce sens, ce moyen de défense concerne « l'ordre public international » et non l'ordre public interne.

294 L'alinéa (c) précise bien qu'il renvoie à l'ordre public de l'État requis. Cela signifie qu'il n'y a aucune anticipation d'uniformité quant au contenu de l'ordre public dans chaque État. L'objectif général du projet de Convention, qui est de faciliter la circulation des jugements, devrait limiter les recours à ce moyen, comme devrait également le faire son champ d'application étroit décrit dans les paragraphes précédents, mais il appartient à chaque État de définir l'exception d'ordre public. Cette disposition évoque des atteintes à la souveraineté ou à la sécurité de l'État comme une situation dans laquelle la reconnaissance et l'exécution peuvent être manifestement incompatibles avec l'ordre public. Malgré cet ajout, son champ d'application ne se distingue en rien de celui de la disposition équivalente de la Convention Élection de for de 2005 ; cet ajout illustre simplement le fait que des questions d'atteinte à la sécurité ou à la souveraineté de l'État risquent de se poser plus souvent dans le contexte de ce projet de Convention que dans celui de la Convention Élection de for de 2005.

295 **Dommmages et intérêts.** Le projet de Convention autorise un État requis à refuser d'exécuter un jugement dans la mesure où celui-ci accorde des dommages et intérêts punitifs ou exemplaires (art. 10). Dans certains États qui, en principe, n'autorisent pas ce type de dommages et intérêts, le refus d'exécuter ces décisions s'est fondé sur l'exception d'ordre public. Toutefois, puisque l'article 10 régit la question des dommages et intérêts punitifs ou exemplaires, le moyen d'ordre public prévu à l'alinéa (c) ne doit pas être invoqué pour les contestations de la reconnaissance ou de l'exécution de jugements sur cette base<sup>202</sup>. Cela restreint un peu plus l'exception d'ordre public en vertu du projet de Convention.

296 Bien que le moyen d'ordre public soit largement admis, il aboutit rarement au refus de la reconnaissance ou de l'exécution d'un jugement étranger, en particulier en matière civile ou commerciale<sup>203</sup>. Il a pu aboutir notamment dans les cas suivants : lorsque le tribunal étranger ordonnait l'exécution d'un contrat visant à commettre un acte illicite (contrebande)<sup>204</sup>, lorsque le jugement étranger portait atteinte à des droits fondamentaux garantis par la constitution

<sup>202</sup> La possibilité de dissocier la composante punitive des dommages et intérêts de la composante compensatoire pour ne reconnaître que la seconde est en outre étayée par l'art. 9 du projet de Convention.

<sup>203</sup> Dans une décision de 1998 de la Cour d'appel de l'Angleterre et du pays de Galles, seulement trois refus d'exécuter pour des motifs d'ordre public ont été notés, dont deux étaient en matière familiale, laquelle est exclue en vertu du projet de Convention (voir *Soleimany c. Soleimany*, [1998] EWCA Civ 285). Dans l'édition la plus récente du *Jurisclasseur de droit international*, la quasi-totalité des exemples de refus des juridictions françaises concerne le droit de la famille (divorce, filiation et adoption) – voir Fascicule 584-40.

<sup>204</sup> Voir *Soleimany c. Soleimany* (id.). Bien que cette affaire ait concerné une sentence arbitrale et non un jugement étranger, le tribunal a déclaré qu'il aurait clairement refusé d'exécuter la sentence si celle-ci avait été un jugement rendu par un tribunal étranger.



recourse thereto “is to be had only in exceptional cases”.<sup>196</sup> Recognition or enforcement of the judgment in question “would have to constitute a manifest breach of a rule of law regarded as essential in the legal order of the State in which enforcement is sought or of a right recognised as being fundamental within that legal order”.<sup>197</sup>

290 “Manifestly” is a high threshold, intended to ensure judgments of States are recognised and enforced by other States unless there is a compelling public policy reason not to do so in a particular case. The word “manifestly” has been used in previous cases to discourage the overuse of the public policy exception and to limit its use to situations where recognition and enforcement would lead to an “intolerable result”.<sup>198</sup>

**291 Principles of procedural fairness.** The formulation of the defence in sub-paragraph (c) is more specific than the one found in previous Hague instruments save for the 2005 Choice of Court Convention. Under sub-paragraph (c), public policy expressly includes “situations where the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness” of the requested State. The Hartley/Dogauchi Report<sup>199</sup> explains that in some States, fundamental principles of procedural fairness (also known as due process of law, natural justice or the right to a fair trial) are constitutionally mandated.<sup>200</sup> In such States, it might be unconstitutional to recognise a foreign judgment obtained in proceedings in which a fundamental breach of these principles occurred. The reference in sub-paragraph (c) overlaps with procedural safeguards and fundamental principles regarding notification in sub-paragraph (a) and concerns regarding procedural fairness in the face of fraud in sub-paragraph (b). This should ensure that adequate procedural protection is provided to parties facing recognition and enforcement proceedings regardless of the particular way in which those issues are dealt with in the requested State.<sup>201</sup>

**292 Content of public policy.** The content of the public policy defence is notoriously difficult to define. However, its scope in the draft Convention should be understood in relation to other provisions in the text. As mentioned above, other defences under paragraph 1 overlap with the public policy defence and that defence should be interpreted accordingly, extending beyond the specifics of the particular defences only where doing otherwise would be a “manifest” contradiction with essential policies of the requested State.

---

<sup>196</sup> See *Sheriff Court of Lothian and Borders at Selkirk*, 2012 S.L.T. (Sh Ct) 189 [with regard to Art. 22 of the 2000 Protection of Adults Convention], “the use of the word ‘manifestly’ suggests circumstances in which recognition of an order would be repellent to the judicial conscience of the court”; *W v. W* (Foreign Custody Order: Enforcement), 2005 WL 2452746 [Applying the Brussels II Regulation (EC No 1347/2000)], “the court has held that this provision must be interpreted strictly inasmuch as it constitutes an obstacle to the attainment of one of the fundamental objectives of the Convention. With regard, more specifically, to recourse to the public policy clause the court has made it clear that such recourse is to be had only in exceptional cases.”

<sup>197</sup> See the *Explanatory Report by Professor Fausto Pocar to the Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, signed in Lugano on 30 October 2007 (hereinafter, “Pocar Report to the 2007 Lugano Convention”), *OJ* 2009/C 319/01.

<sup>198</sup> See Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, *Practical Handbook for Caseworkers under the 2007 Child Support Convention*, The Hague, 2014; see also *Chaudhary v. Chaudhary*, Court of Appeal, [1985] 2 W.L.R. 350.

<sup>199</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 190.

<sup>200</sup> For Europe, see Art. 6 of the *European Convention on Human Rights*; for the United States of America, see the Fifth and Fourteenth Amendments to the United States Constitution. Many other States have similar provisions.

<sup>201</sup> See, for example, Hartley/Dogauchi Report, para. 153, on the exclusion of procedural fraud from the public policy defence in some States.

293 The exceptional character of the public policy defence means that it is not sufficient for the party opposing recognition or enforcement to point to a mandatory rule of the law of the requested State that the foreign judgment fails to uphold. Indeed, this mandatory rule may be considered imperative for domestic cases but not for international situations. The public policy defence of sub-paragraph (c) should be triggered only where such a mandatory rule reflects a fundamental value whose violation would be manifest if enforcement of the foreign judgment was permitted. In this sense, the defence relates to “international public policy” and not to domestic public policy.

294 Sub-paragraph (c) does specify that it refers to the public policy of the requested State. This means that there is no expectation of uniformity as to the content of public policy in each State. While the general purpose of the draft Convention to facilitate the circulation of judgments should limit recourse to this defence, as should the narrow scope of its application described in the previous paragraphs, it remains up to each State to define the public policy defence. The provision refers to infringements of sovereignty or security of the state as a situation in which recognition and enforcement may be manifestly incompatible with public policy. Despite this addition, the scope of this provision is no different from the scope of the equivalent provision in the 2005 Choice of Court Convention. The addition simply reflects the greater potential for issues involving infringements of security or sovereignty of the State to arise in the context of this draft Convention than under the 2005 Choice of Court Convention.

**295 Damages.** The draft Convention allows a requested State to refuse to enforce a judgment to the extent that it involves an award of punitive or exemplary damages (Art. 10). In some States where punitive or exemplary damages are not typically allowed, refusals to enforce such awards have been assessed under the public policy defence. Because Article 10 addresses punitive or exemplary damages, however, the public policy defence in sub-paragraph (c) should not be used to address challenges to the recognition or enforcement of judgments on that basis.<sup>202</sup> This further narrows the scope of the public policy defence under the draft Convention.

296 Although the availability of the public policy defence is widely accepted, it is rarely successful as a means of denying recognition or enforcement to a foreign judgment, particularly in civil or commercial matters.<sup>203</sup> Examples where it has succeeded include: where the foreign court enforced a contract to commit an illegal act (smuggling),<sup>204</sup> where the foreign judgment impinged on constitutionally

---

<sup>202</sup> The possibility of severing the punitive damages component from the compensatory component, and only recognising the latter, is further supported by Art. 9 of the draft Convention.

<sup>203</sup> In a 1998 decision of the England and Wales Court of Appeal, only three refusals to enforce on public policy grounds were noted, two of which were in family law matters, excluded under the draft Convention (see *Soleimany v. Soleimany*, [1998] EWCA Civ 285). In the most recent edition of the *Jurisclasseur de droit international*, almost all of the examples of refusal by French courts arise in family law matters (divorce, filiation and adoption) – see Fascicule 584-40.

<sup>204</sup> See *Soleimany v. Soleimany* (*id.*). Although this case involved an arbitration award rather than a foreign judgment, the court asserted that it would clearly have refused to enforce the award had it been a judgment rendered by a foreign court.

(liberté d'expression)<sup>205</sup> et lorsque le jugement étranger ordonnait l'exécution d'une dette de jeu<sup>206</sup>.

#### Alinéa (d)

297 Cet alinéa autorise le tribunal requis à refuser de donner effet à un jugement lorsque la procédure dans l'État d'origine était contraire à un accord d'élection de for ou à une désignation dans l'acte constitutif d'un trust. Il vise à protéger l'accord ou la désignation et, par là, à respecter l'autonomie des parties. Le recours à cet alinéa ne serait nécessaire que lorsque le tribunal d'origine était considéré compétent en vertu de l'article 5. De fait, si le jugement ne remplissait aucun des critères de compétence, sa reconnaissance ou son exécution ne pourrait pas être envisagée en vertu du projet de Convention (hormis en vertu du droit interne, comme l'autorise l'art. 16).

298 **Exemples.** A introduit une demande en responsabilité contractuelle contre B dans l'État X, où l'obligation contractuelle sur laquelle se fonde la demande devait être exécutée. Toutefois, les parties avaient décidé de soumettre ce type de demande à la compétence exclusive des tribunaux de l'État Y. B comparait devant le tribunal d'origine et conteste la compétence en invoquant l'accord d'élection de for, mais ce moyen de défense est écarté. Le jugement sur le fond est favorable à A. Sa reconnaissance ou son exécution peut être toutefois refusée en vertu de l'alinéa (d), car la procédure dans l'État X était contraire à l'accord d'élection de for. Notons que si B comparait devant les tribunaux de l'État X et se défendait sur le fond sans contester la compétence, l'alinéa (d), en principe, ne s'appliquerait pas<sup>207</sup>.

299 Cet alinéa s'applique à chaque fois que l'accord d'élection de for excluait valablement la compétence du tribunal d'origine, que cet accord soit exclusif ou non. Il s'applique également si le tribunal choisi par les parties ou désigné dans l'acte constitutif du trust était le tribunal d'un État contractant ou celui d'un État tiers. La validité et l'efficacité de l'accord ou de la désignation sont régies par le droit de l'État requis, y compris ses règles de droit international privé.

#### Alinéas (e) et (f)

300 **Introduction.** Ces deux alinéas illustrent le fait qu'en situation internationale, plusieurs tribunaux peuvent avoir compétence sur un litige et qu'il est possible d'introduire des procédures multiples ou parallèles devant plusieurs tribunaux, ce qui aboutit à plusieurs jugements. La règle de litispendance vise à prévenir cette situation au stade juridictionnel, mais elle n'est pas universellement reconnue. Face à des jugements contradictoires, une question de hiérarchie se pose : à quel jugement faut-il accorder la préséance ?

<sup>205</sup> Voir *Bachchan c. India Abroad Publ'n Inc.*, 154 Misc. 2d 228, 235 (N.Y. sup. Ct. 1992), dans laquelle la reconnaissance d'un jugement anglais en matière de diffamation a été refusée à New York. Voir toutefois la discussion sur l'ordre public et la liberté d'expression dans *Yahoo! c. LICRA*, 433 F.3d 1199 (9th Cir. 2006).

<sup>206</sup> Voir *Sporting Index Limited c. John O'Shea* [2015] IEHC 407 (Haute Cour d'Irlande) ; *The Ritz Hotel Casino Ltd c. Datuk Seri Osu Haji Sukam*, [2005] 6 *Malayan Law Journal* 760 (Haute Cour de Malaisie). Cependant, d'autres tribunaux ont rejeté ce motif de l'ordre public lorsque le jeu était légal au lieu où la dette avait été contractée ; voir, par ex., *Boardwalk Regency Corp. c. Maalouf* (1992), 6 O.R. (3d) 737 (Ontario C.A.) ; *G.N.L.V. Corp. c. Wan*, [1991] B.C.J. No. 3725 (British Columbia S.C.) ; *Liao Eng Kiat c. Burswood Nominees Ltd*, [2004] 4 S.L.R. 690 (Cour d'appel de Singapour). Sur la diversité des approches en matière de dettes de jeu, voir Z.S. Tang, « Cross-Border Enforcement of Gambling Contracts: A Comparative Study » (2014), *International Journal of Private Law*, vol. 7, p. 1.

<sup>207</sup> La soumission du défendeur peut être considérée comme une dérogation tacite à l'accord d'élection de for ; par conséquent, le jugement n'y serait pas contraire.

L'article 7(1) distingue deux situations : premièrement, le jugement concurrent a été rendu par un tribunal dans l'État requis et, deuxièmement, le jugement concurrent a été rendu dans un autre État (que l'État d'origine). Ces dispositions sont identiques à celles de la Convention Élection de for de 2005 (art. 9(f) et (g)). L'article 7(2), quant à lui, concerne les situations dans lesquelles la procédure dans l'État requis est pendante lorsque la reconnaissance ou l'exécution est demandée.

301 **Incompatibilité avec un jugement rendu dans l'État requis.** Dans le premier cas, l'alinéa (e) précise que la reconnaissance ou l'exécution du jugement rendu dans l'État d'origine peut être refusée lorsque ce jugement est incompatible avec un jugement rendu dans l'État requis. Deux conditions s'appliquent : les jugements doivent être « incompatibles » et le jugement rendu dans l'État requis doit avoir été rendu « dans un litige entre les mêmes parties »<sup>208</sup>. Il n'est pas nécessaire qu'il soit antérieur au jugement concurrent ni qu'il ait résulté de la même cause. L'alinéa (e) est donc plus large que l'alinéa (f) et que le paragraphe 2 de l'article 7, car il n'exige pas que les deux jugements aient le même objet<sup>209</sup>. Les deux jugements seront « incompatibles » lorsque les constatations de fait ou de droit concernant les mêmes questions sur lesquelles ils se fondent s'excluent mutuellement.

302 **Incompatibilité avec un jugement rendu dans un autre État.** Dans le second cas, l'alinéa (f) s'applique lorsque les deux jugements contradictoires émanent tous les deux d'États étrangers, qui peuvent être des États contractants ou non. Il précise que la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement de l'État d'origine peut être refusée lorsque ce jugement est incompatible avec un jugement antérieur rendu dans un autre État. Trois autres conditions doivent être remplies pour que l'alinéa (f) s'applique : premièrement, le jugement émanant du troisième État doit être antérieur au jugement prononcé dans l'État d'origine, quel que soit le tribunal saisi en premier. Le jugement le plus ancien a donc la priorité. Deuxièmement, les deux jugements doivent concerner les mêmes parties et le même objet. Cette condition est plus stricte que celle qui est prévue à l'alinéa (e), mais parallèle au motif de litispendance formulé au paragraphe 2<sup>210</sup>. La version anglaise emploie « *same subject matter* » pour rendre l'expression « ayant le même objet ». La Convention Élection de for de 2005 emploie quant à elle le terme « cause ». Ces expressions sont considérées équivalentes en vertu du projet de Convention et visent à exclure la condition d'une identité de « cause » entre les deux jugements. Cette règle a été jugée trop exigeante dans un instrument international compte tenu de la

<sup>208</sup> Le Rapport Hartley/Dogauchi précise, à la note 231 : « L'exigence d'identité des parties sera remplie si les parties liées par les jugements sont identiques, même si les parties à la procédure sont différentes, par ex., lorsque l'un des jugements est rendu à l'encontre d'une personne et l'autre à l'encontre de son successeur. » (Voir, *supra*, para. 79.)

<sup>209</sup> Dans le contexte du Règlement Bruxelles I, cette différence a été illustrée dans l'arrêt du 4 février 1988, *Hoffmann c. Krieg*, C-145/86, EU:C:1988:61, dans laquelle la CJUE a jugé qu'une décision étrangère condamnant un époux à verser des aliments à son épouse au titre de ses obligations d'entretien résultant d'un mariage qui n'avait pas été dissous était incompatible avec un jugement national prononçant le divorce des époux. Notons toutefois que le projet de Convention ne s'applique pas aux obligations alimentaires.

<sup>210</sup> Voir le Rapport Pocar sur la Convention de Lugano de 2007, para. 139 : « Dans ce type de cas, le fait que les décisions soient inconciliables empêche la reconnaissance de la dernière d'entre elles, mais uniquement si les décisions ont été rendues entre les mêmes parties dans des litiges ayant le même objet et la même cause et toujours à condition, bien entendu, qu'elles remplissent les conditions nécessaires à leur reconnaissance dans l'État requis. Si elles n'ont pas le même objet ou la même cause, les décisions sont toutes les deux reconnues, même si elles sont inconciliables. L'incompatibilité devra alors être réglée par la juridiction nationale devant laquelle l'exécution est demandée, celle-ci pouvant appliquer à cette fin les règles de son propre système et accorder de l'importance à des facteurs autres que l'ordre dans lequel les décisions ont été rendues, par exemple l'ordre dans lequel les actions ont été intentées ou l'ordre dans lequel elles sont passées en force de chose jugée, deux critères qui ne figurent pas parmi les conditions de reconnaissance prévues par la convention. »

guaranteed fundamental rights (freedom of speech),<sup>205</sup> and where the foreign judgment enforced a gambling debt.<sup>206</sup>

#### Sub-paragraph (d)

297 This sub-paragraph allows the requested court to refuse to give effect to a judgment rendered by a court when the proceedings in the State of origin were contrary to a choice of court agreement or a designation in a trust instrument. Its rationale is to uphold the agreement or the designation, and therefore to respect party autonomy. Recourse to this sub-paragraph would only be necessary where the court of origin was considered to have had jurisdiction under Article 5. Indeed, if the judgment did not satisfy one of the jurisdictional bases, the judgment could not be considered for recognition or enforcement under the draft Convention (save under national law as permitted under Art. 16).

298 **Examples.** A brings a contractual claim against B in State X, where the contractual obligation on which the claim was based had to be performed. The parties, however, had agreed to submit such claim to the exclusive jurisdiction of the courts of State Y. B appears before the court of origin and contests jurisdiction on the basis of the choice of court agreement, but this defence is dismissed. The judgment on the merits is favourable to A. The recognition or enforcement of this judgment may, however, be refused under sub-paragraph (d) since the proceedings in State X were contrary to the choice of court agreement. Note that if B appeared before the courts of State X and argued on the merits without contesting jurisdiction, sub-paragraph (d), in principle, will not apply.<sup>207</sup>

299 This sub-paragraph applies wherever the choice of court agreement validly excluded the jurisdiction of the court of origin, irrespective of whether the agreement is exclusive or non-exclusive. It also applies irrespective of whether the court chosen by the parties or designated in the trust instrument was the court of a Contracting State or a third State. The validity and effectiveness of the agreement or the designation is governed by the law of the requested State, including its private international law rules.

#### Sub-paragraphs (e) and (f)

300 **Introduction.** These two sub-paragraphs reflect the fact that in international situations, more than one court may have jurisdiction over a dispute and parallel or multiple proceedings may be brought in these courts, leading to more than one judgment. The *lis pendens* rule is aimed at preventing this situation at the jurisdictional stage but it is not universally recognised. When conflicting judgments exist, a question of hierarchy arises: which judgment should

be given precedence? Article 7(1) distinguishes between two situations. First, where the competing judgment was given by a court in the requested State and, second, where the competing judgment was given in another State (other than the State of origin). These provisions are identical to the ones found in the 2005 Choice of Court Convention (Art. 9(f) and (g)). Article 7(2), in turn, deals with cases where the proceedings in the requested State are still pending when recognition or enforcement is sought.

301 **Inconsistency with a judgment given in the requested State.** In the first case, sub-paragraph (e) specifies that the judgment from the State of origin can be refused recognition or enforcement where that judgment is inconsistent with a judgment from the requested State. There are two conditions: the judgments must be “inconsistent” and the judgment from the requested State must be “in a dispute between the same parties”.<sup>208</sup> It does not need to have been rendered prior to the competing judgment, nor does it need to be based on the same cause of action. Sub-paragraph (e) is therefore wider than sub-paragraph (f) and paragraph 2 of Article 7 because it does not require that the two judgments involve the same subject matter.<sup>209</sup> The two judgments will be “inconsistent” when the findings of fact or conclusions of law in relation to the same issues on which they are based are mutually exclusive.

302 **Inconsistency with a judgment given in another State.** In the second case, sub-paragraph (f) applies where the conflicting judgments are both from foreign States, which may be a Contracting or a non-Contracting State. It specifies that a judgment from the State of origin can be refused recognition or enforcement where it is inconsistent with an earlier judgment given in another State. Three further conditions must be met for sub-paragraph (f) to apply. First, the judgment from the third State must have been given *prior to* the judgment from the State of origin, irrespective of which court was first seised. The first-in-time judgment has priority. Secondly, both judgments must concern the same parties and the same subject matter. This is narrower than the condition under sub-paragraph (e) but parallel to the *lis pendens* ground formulated in paragraph 2.<sup>210</sup> The French version uses the expression *ayant le même objet* to refer to same “subject matter”. The 2005 Choice of Court Convention, in turn, uses the expression “cause of action”. These expressions are considered equivalent under the draft Convention and are meant to exclude the requirement that the two judgments involve exactly the same “cause of action”. That standard was considered too demanding in an international instrument given the variety of causes of ac-

<sup>205</sup> See *Bachchan v. India Abroad Publ'n Inc.*, 154 Misc. 2d 228, 235 (N.Y. sup. Ct. 1992), where an English libel judgment was refused recognition in New York. See, however, the discussion on public policy and freedom of speech in *Yahoo! v. LICRA*, 433 F.3d 1199 (9th Cir. 2006).

<sup>206</sup> See *Sporting Index Limited v. John O'Shea* [2015] IEHC 407 (Irish High Court); *The Ritz Hotel Casino Ltd v. Datuk Seri Osu Haji Sukam*, [2005] 6 *Malayan Law Journal* 760 (High Court of Malaysia). But other courts have rejected this use of public policy if gambling was legal where the debt was incurred: see for example *Boardwalk Regency Corp. v. Maalouf* (1992), 6 O.R. (3d) 737 (Ontario C.A.); *G.N.L.V. Corp. v. Wan*, [1991] B.C.J. No. 3725 (British Columbia S.C.); *Liao Eng Kiat v. Burswood Nominees Ltd*, [2004] 4 S.L.R. 690 (Singapore C.A.). For the diversity of approaches to gambling debts see Z.S. Tang, “Cross-Border Enforcement of Gambling Contracts: A Comparative Study”, *International Journal of Private Law*, Vol. 7 (1) 2014.

<sup>207</sup> Submission by the defendant may be considered as an implicit derogation of the choice of court agreement and therefore the judgment would not be contrary to it.

<sup>208</sup> Hartley/Dogauchi Report, note 231, states: “The requirement that the parties must be the same will be satisfied if the parties bound by the judgments are the same even if the parties to the proceedings are different, for example where one judgment is against a particular person and the other judgment is against the successor to that person.” (See *supra* para. 79.)

<sup>209</sup> In the context of the Brussels I Regulation, this difference has been illustrated in the Judgment of 4 February 1988, *Hoffmann v. Krieg*, C-145/86, EU:C:1988:61, where the ECJ decided that a foreign judgment ordering a person to make maintenance payments to his spouse arising from his obligation under a marriage that had not been terminated was irreconcilable with a national judgment pronouncing the divorce of the spouses. Note, however, that the draft Convention does not apply to maintenance obligations.

<sup>210</sup> See the Pocar Report to the 2007 Lugano Convention, para. 139: “In cases of this kind the fact that the judgments are irreconcilable prevents recognition of the later one, but only if the judgments were delivered in disputes between the same parties and have the same subject-matter and the same cause of action, always provided of course that they satisfy the tests for recognition in the State addressed. If the subject-matter or the cause of action are not the same, the judgments are both recognised, even if they are irreconcilable with one another. The irreconcilability will then have to be resolved by the national court before which enforcement is sought, which may apply the rules of its own system for the purpose, and may indeed give weight to factors other than the order in time of the judgments, such as the order in which the proceedings were instituted or the order in which they became *res judicata*, which is not a requirement for recognition under the Convention.”

diversité des causes d'un État à l'autre. L'élément clé est que la « question centrale ou essentielle » (*Kernpunkt*) doit être la même dans les deux jugements. Troisièmement, le jugement antérieur doit être susceptible d'être reconnu ou exécuté dans l'État requis, que la reconnaissance ou l'exécution ait été sollicitée ou non<sup>211</sup>.

[Alinéa (g)]

**303 [Contrôle du droit appliqué par le tribunal d'origine en matière de propriété intellectuelle.** L'alinéa (g) dispose que la reconnaissance et l'exécution peuvent être refusées si le jugement portait sur la contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle et le tribunal d'origine a appliqué à ce droit/cette contrefaçon un autre droit que celui de l'État d'origine. L'article 4(1) et (2) établit qu'un jugement est reconnu et exécuté, sans révision au fond (hormis l'examen nécessaire à l'application du projet de Convention). Cela empêche, par exemple, le tribunal requis de refuser la reconnaissance ou l'exécution au seul motif que le tribunal d'origine a appliqué un autre droit que celui qui aurait été appliqué en vertu des règles de conflit de lois de l'État requis. L'alinéa (g) prévoit une exception à l'article 4(2) pour les droits de propriété intellectuelle. Contrairement aux autres paragraphes de l'article 7, l'alinéa (g) s'applique seulement aux jugements portant sur la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle. En outre, il s'applique exclusivement aux contrefaçons de ces droits et non aux jugements portant sur la validité [la titularité ou l'existence].

**304 Raisonement.** Ce motif de refus de reconnaissance préserve le principe de territorialité et, en particulier, l'application de la *lex loci protectionis* par les tribunaux de l'État d'origine (voir, *supra*, para. 235 et 236). Cependant, il n'est pas certain que l'article 7(1)(g) soit nécessaire parce que seuls les jugements en matière de propriété intellectuelle rendus par l'État contractant selon le droit duquel le droit de propriété intellectuelle est protégé peuvent circuler en vertu du projet de Convention. Aucun consensus n'a été trouvé pour l'instant sur ce point.

**305** Cette disposition s'applique seulement aux jugements portant sur la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle. Les crochets entourant « ce droit/cette contrefaçon » indiquent qu'il est nécessaire de poursuivre la réflexion. Dans certains États ou territoires, différentes règles de choix de loi s'appliquent aux questions juridiques distinctes de la titularité et de la contrefaçon dans les affaires de contrefaçon de droits d'auteur. Dans le droit de la plupart des États, la *lex loci protectionis* est la règle de choix de loi pour ces hypothèses. Cependant, d'autres États appliquent la *lex originis* (la loi de l'État d'origine, c.-à-d. la loi de l'État où l'œuvre a été publiée pour la première fois) à la question de la titularité initiale. Comme chaque règle de choix de loi peut conduire à appliquer différents droits internes, la différence pratique entre le choix du terme « droit » et celui du terme « contrefaçon » concernerait le moment où on détermine la loi applicable à la titularité initiale du droit d'auteur. Ainsi, si le tribunal d'origine appliquait la *lex loci protectionis* à la titularité initiale et à la contrefaçon, c'est-à-dire son propre droit, le jugement pourrait circuler en vertu du projet de Convention indépendamment du terme choisi. Inversement, si le terme « droit » est choisi à l'article 7(1)(g) et le tribunal d'origine applique la *lex originis* à la question de la titularité initiale, par exemple le droit de l'État où le livre a été initialement publié, qui n'est pas son propre droit, la reconnaissance et l'exécution du jugement

<sup>211</sup> Évidemment, si le premier jugement émane d'un État non contractant au projet de Convention, cette disposition demeure pertinente tant que le jugement est susceptible d'être reconnu ou exécuté en vertu du droit interne de l'État requis.

pourraient être refusées en vertu de cette disposition, même si le litige portant sur la contrefaçon a été réglé par la *lex loci protectionis*. Si, en revanche, le terme « contrefaçon » est choisi ici, quelle que soit la loi qui a été appliquée à la question de la titularité initiale, le jugement pourrait circuler en vertu du projet de Convention si la contrefaçon a été jugée conformément au droit de l'État d'origine.

**306 Exemple 1.** A introduit une action contre B dans l'État X pour contrefaçon d'un droit d'auteur sur un poème dans cet État. Cependant, le poème a déjà été publié dans l'État Y et le tribunal d'origine applique à cette contrefaçon le droit de l'État Y. Dans ce cas, l'alinéa (g) autorise les autres États contractants à refuser la reconnaissance ou l'exécution de ce jugement.

**307 Exemple 2.** A introduit une action contre B dans l'État X pour contrefaçon d'un droit d'auteur sur un poème dans cet État. Cependant, le poème a déjà été publié dans l'État Y. Le tribunal d'origine applique à cette contrefaçon son propre droit, mais il applique le droit de l'État Y à la question de la titularité initiale. Dans ce cas, si l'alinéa (g) conserve le terme « droit » au lieu du terme « contrefaçon », les États contractants peuvent refuser la reconnaissance ou l'exécution de ce jugement.]

**308 Droit interne.** L'article 7(1)(g) emploie le terme « droit interne » de l'État d'origine afin de préciser que le droit appliqué au droit de propriété intellectuelle/à la contrefaçon doit être le droit matériel de l'État d'origine. L'application des règles de choix de loi de l'État d'origine autoriserait en effet à refuser la reconnaissance et l'exécution si ces règles renvoient au droit matériel d'un autre État.

Paragraphe 2

**309 Litispendance dans l'État requis.** Le projet de Convention ne contient pas de règle de compétence directe et ne prévoit donc pas de règle de litispendance. Par conséquent, des procédures parallèles entre les mêmes parties et ayant le même objet peuvent être introduites dans différents États. L'article 7 énonce trois règles pour déterminer comment traiter les jugements dans ces situations. Le paragraphe 1(e) et (f) analysé plus haut concerne les hypothèses dans lesquelles les procédures parallèles ont été conclues et les jugements sont incompatibles. Le paragraphe 2 concerne les hypothèses dans lesquelles une procédure est encore pendante dans l'État requis au moment où la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu dans un autre État est sollicitée<sup>212</sup>. Une procédure pendante dans un autre État ne peut être invoquée pour refuser la reconnaissance ou l'exécution. En outre, la procédure pendante dans l'État requis doit avoir « le même objet » et être « entre les mêmes parties ». Dans ce cas, la reconnaissance ou l'exécution peut être différée ou refusée si deux conditions cumulatives sont remplies.

**310 Première condition.** Aux termes du paragraphe 2(a), le tribunal de l'État requis doit avoir été le premier tribunal saisi. Par conséquent, ce motif de refus ne peut être invoqué que si la procédure dans l'État requis a été engagée avant la procédure dans l'État d'origine. Le raisonnement est que l'État requis doit être autorisé à partir du principe que, dans ce scénario, le tribunal d'origine aurait dû se désister en faveur du tribunal premier saisi, qui était prioritaire, et qu'il aurait dû suspendre ou refuser l'ouverture de la procédure puisque le même litige était déjà pendant dans un autre État (sur le moment auquel un tribunal est saisi, voir, *supra*, para. 35).

<sup>212</sup> L'avant-projet de Convention de 1999 contenait une disposition parallèle (voir art. 28(1)(a)).

tion in different States. The key element is that the “central or essential issue” (*Kernpunkt*) must be the same in both judgments. Thirdly, the earlier judgment must be eligible for recognition or enforcement in the requested State, whether or not that recognition or enforcement has been sought yet.<sup>211</sup>

[*Sub-paragraph (g)*]

303 [Examination of the law applied by the court of origin in intellectual property matters. Sub-paragraph (g) provides that recognition and enforcement may be refused if the judgment ruled on an infringement of an intellectual property right and the court of origin applied to that right/infringement a law other than the internal law of the State of origin. Article 4(1) and (2) establish that judgments shall be recognised and enforced without a review of the merits (unless such review is necessary for the application of the draft Convention). This prevents, for example, the requested court from refusing recognition or enforcement on the sole ground that the court of origin applied a law other than that which would have been applied under the conflict of law rules of the requested State. Sub-paragraph (g) contains an exception to Article 4(2) for intellectual property rights. Unlike other paragraphs of Article 7, sub-paragraph (g) only applies to judgments on the infringement of intellectual property rights. Additionally, it only applies to infringements of such rights but not to judgments on validity [ownership or subsistence].

304 **Rationale.** This ground for refusal of recognition safeguards the territoriality principle, and in particular the application of the *lex loci protectionis* by the courts of the State of origin (see *supra* paras 235-236). However, it is questionable whether Article 7(1)(g) is necessary because only intellectual property related judgments given by the Contracting State under whose law the intellectual property right is protected may circulate under the draft Convention. No consensus has been reached on this issue yet.

305 This provision only applies to judgments on the infringement of intellectual property rights. The square brackets around “right/infringement” reflect the need for further consideration. In some jurisdictions, different choice of law rules apply to the separate legal issues of ownership and infringement in cases of copyright infringement. Under the law of most States, the *lex loci protectionis* is the choice of law rule for such cases. Some States, however, apply the *lex originis* (the law of the State of origin, *i.e.*, the law of the State where the work was first published) to the question of initial ownership. Different choice of law rules may lead to the application of different national laws. The choice between “right” or “infringement” determines the law applicable to the initial ownership of the copyright. Thus, if the court of origin applied the *lex loci protectionis* to both the initial ownership and the infringement, *i.e.*, its own law, the judgment could circulate under the draft Convention regardless of which term is chosen. Conversely, if the term “right” is chosen in Article 7(1)(g), and the court of origin applied the *lex originis* to the initial ownership issue, for example the law of the State where the book was first published, which is not its own law, the recognition and enforcement of the judgment could be refused under

that provision, even if the infringement issue was decided by the *lex loci protectionis*. If, however, “infringement” is chosen here, no matter which law was applied to the initial ownership issue, the judgment could circulate under the draft Convention if the infringement was adjudicated according to the law of the State of origin.

306 **Example 1.** A brings a claim against B in State X, for an infringement of a copyright over a poem in that State. The poem, however, had already been published in State Y, and the court of origin applies to such infringement the law of State Y. In this case, sub-paragraph (g) allows the other Contracting States to refuse recognition or enforcement of that judgment.

307 **Example 2.** A brings a claim against B in State X, for an infringement of a copyright over a poem in that State. The poem, however, had already been published in State Y. The court of origin applies to such infringement its own law, but to the initial ownership issue it applies the law of State Y. In this case, if sub-paragraph (g) retains the term “right” instead of “infringement”, Contracting States may refuse recognition or enforcement of that judgment.]

308 **Internal law.** Article 7(1)(g) uses the term “internal law” of the State of origin in order to clarify that the law applied to the intellectual property right infringement should be the substantive law of the State of origin. Application of the choice of law rules of the State of origin would allow for the refusal of recognition and enforcement if these rules refer to the substantive law of another State.

*Paragraph 2*

309 **Lis pendens in the requested State.** The draft Convention does not contain rules on direct jurisdiction and thus does not include a rule on *lis pendens*. Therefore, parallel proceedings, between the same parties on the same subject matter, may take place in different States. Article 7 establishes three rules to address how judgments are dealt with in these situations. Paragraph 1(e) and (f), discussed above, deal with cases where the parallel proceedings have concluded and the judgments are inconsistent. Paragraph 2 deals with cases where proceedings are still pending in the requested State when recognition or enforcement of a judgment given in another State is sought.<sup>212</sup> *Lis pendens* in another State cannot be invoked to refuse recognition or enforcement. Furthermore, the proceedings pending in the requested State must be “between the same parties on the same subject matter”. In these cases, recognition or enforcement may be postponed or refused if two cumulative conditions are met.

310 **First condition.** According to paragraph 2(a), the court of the requested State must have been the court first seised. This ground for refusal may therefore only be invoked if the proceedings in the requested State commenced before the proceedings in the State of origin. The rationale is that the requested State should be allowed to proceed on the basis that the court of origin should have yielded to the priority of the court first seised and suspended or refused the commencement of the proceedings since the same dispute was already pending in another State (with regard to the moment when a court is seised, see *supra* para. 35).

<sup>211</sup> Obviously, if the earlier judgment comes from a non-Contracting State of the draft Convention, this provision is still relevant as long as the judgment is eligible for recognition or enforcement under the national law of the requested State.

<sup>212</sup> The 1999 preliminary draft Convention contained a parallel provision (see Art. 28(1)(a)).

311 **Deuxième condition.** Toutefois, la priorité n'est pas suffisante en elle-même. Aux termes du paragraphe 2(b), il doit aussi exister un lien étroit entre le litige et l'État requis. Cette condition vise à prévenir un comportement stratégique ou opportuniste d'une des parties au litige. Ainsi, en l'absence de cette condition, un défendeur potentiel dans un État pourrait déménager dans un autre État et y poursuivre l'autre partie, sollicitant une « déclaration négative » dans le seul but d'empêcher la reconnaissance ou l'exécution future du jugement étranger et sur la base d'un critère de compétence exorbitant. Le projet de Convention ne précise pas quels critères de compétence répondent à la condition du « lien étroit ». En principe, tous ceux qui sont énumérés à l'article 5 satisfont à cette condition, mais il peut en exister d'autres, par exemple, le lieu où le préjudice a été subi directement dans les litiges non contractuels. En revanche, la nationalité du demandeur ou le fait qu'il ait son domicile dans l'État requis ne serait pas suffisant<sup>213</sup>.

312 **Conséquences.** Si ces trois conditions sont remplies, la reconnaissance et l'exécution du jugement peuvent être différées ou refusées. Le paragraphe 2 précise que le refus visé dans ce paragraphe n'interdit pas de demander ultérieurement la reconnaissance et l'exécution du jugement. Cette disposition concerne les situations dans lesquelles la procédure dans l'État requis est conclue sans jugement sur le fond (par ex., pour des raisons procédurales) ou avec une décision sur le fond compatible avec le jugement étranger.

#### Article 8 – Questions préalables

313 **Introduction.** L'article 8 examine les matières tranchées à titre préalable ou « incident ». Les questions préalables sont des questions de droit qui doivent être réglées avant qu'une décision sur la demande du plaignant puisse être rendue, mais qui ne constituent pas l'objet principal ou la question principale de la procédure<sup>214</sup>. L'article 8 admet ainsi que les questions de droit dans un jugement peuvent être distinctes les unes des autres mais envisagées successivement (une décision sur la question principale est fondée sur une décision portant sur une autre question, préalable). Ainsi, par exemple, dans une action en dommages et intérêts pour contrefaçon d'un contrat de licence de propriété intellectuelle (objet principal), le tribunal pourrait avoir d'abord à déterminer si le droit de propriété intellectuelle est valable (question préalable) ou, dans une action en dommages et intérêts pour violation d'un contrat de vente (objet principal), le tribunal pourrait avoir à statuer d'abord sur la capacité d'une partie à conclure le contrat (question préalable). Ces questions préalables sont habituellement, mais pas toujours, soulevées par le défendeur pour se défendre.

314 En vertu de l'article 2(2), les jugements comprenant des décisions préalables sur des matières exclues ne sont pas, pour cette seule raison, exclus du champ d'application du projet de Convention (voir, *supra*, para. 63 à 65). L'article 8 organise la reconnaissance et l'exécution des jugements statuant sur des questions préalables ayant trait à des matières exclues. Il traite aussi des jugements qui statuent sur une question préalable envisagée par l'article 6 (critères de compétence exclusive) lorsque le tribunal d'origine n'est pas le tribunal mentionné dans cet article, par exemple, lors-

<sup>213</sup> L'art. 18 de l'avant-projet de Convention de 1999 (« compétences interdites ») doit être une référence pour déterminer quels critères de compétence ne répondent pas au critère de lien étroit.

<sup>214</sup> Le terme « objet » désigne la matière sur laquelle la procédure porte directement, et qui est principalement déterminée par la demande du plaignant ; voir le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 77 et 149. Les termes « questions soulevées à titre incident » et « question à titre principal » sont employés dans le Rapport Nygh/Pocar, para. 177.

que l'État d'origine n'est pas l'État dans lequel le droit de propriété intellectuelle est enregistré<sup>215</sup>.

315 **Structure de l'article 8.** Cette disposition contient trois règles applicables aux décisions portant sur des questions préalables. Le paragraphe premier exclut les décisions portant sur certaines questions préalables de la reconnaissance et de l'exécution en vertu du projet de Convention. Le paragraphe 2 autorise le tribunal requis à refuser de reconnaître ou d'exécuter les jugements fondés sur une décision relative à certaines questions préalables. Enfin, le paragraphe 3 nuance l'application du paragraphe 2 en ce qui concerne les jugements portant à titre préalable sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle enregistré.

#### Paragraphe premier

316 **Introduction.** Le paragraphe premier dispose que lorsqu'une matière à laquelle le projet de Convention ne s'applique pas a été soulevée à titre préalable ou lorsqu'une matière visée à l'article 6 a été soulevée à titre préalable dans un autre tribunal que celui qui est désigné dans cet article, la décision portant sur cette question préalable n'est pas reconnue ni exécutée. Il n'est pas interdit aux États de reconnaître et d'exécuter ces décisions en vertu de leur droit interne<sup>216</sup>.

317 Le principe général est que l'application du projet de Convention est déterminée par l'objet de la procédure et non par la question préalable (voir aussi, *supra*, art. 2(2)). Par conséquent, un jugement est susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu de l'article 5 ou 6 s'il répond à l'un des critères de compétence énoncés dans cette disposition en ce qui concerne l'objet principal de la procédure. Si le tribunal d'origine a également statué sur une question préalable, cette décision peut produire des effets sur les procédures ultérieures conformément au droit de cet État. À titre d'exemple, en vertu de la doctrine de l'« *issue estoppel* », du « *collateral estoppel* » ou de l'« *issue preclusion* », les décisions portant sur des questions préalables doivent être reconnues dans les procédures ultérieures<sup>217</sup>. L'objet du paragraphe premier est de préciser que la reconnaissance de ces effets n'est pas prévue en vertu du projet de Convention<sup>218</sup>.

318 **Matières exclues du champ d'application du projet de Convention.** Le paragraphe premier renvoie aux décisions rendues sur des matières auxquelles le projet de Convention « ne s'applique pas ». Il s'agit des matières qui

<sup>215</sup> Les co-Rapporteurs notent que l'application de cette disposition exige que l'État d'origine ne soit pas celui dans lequel le droit de propriété intellectuelle en question est enregistré. Notons que l'art. 8 emploie l'expression « un autre tribunal que celui désigné dans cette disposition », c.-à-d. l'art. 6. Toutefois, l'art. 6 ne mentionne aucun tribunal, mais un État, à savoir celui de l'enregistrement. L'application de l'art. 8 en ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle implique donc que le jugement a été rendu par le tribunal d'un État qui n'est pas celui auquel il est fait référence à l'art. 8.

<sup>216</sup> Les co-Rapporteurs soulignent qu'il appartiendra à la Session diplomatique de déterminer si l'interdiction en vertu de l'art. 16 s'étendrait aux questions préalables en vertu de l'art. 6.

<sup>217</sup> Voir le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 195 et 196.

<sup>218</sup> Étant donné que le projet de Convention n'exige pas la reconnaissance des décisions rendues sur des questions préalables (comme l'explique le Rapport Hartley/Dogauchi, *ibid.*, « [...] la Convention n'impose jamais la reconnaissance ou l'exécution de telles décisions, mais n'interdit pas aux États contractants de les reconnaître en vertu de leur propre droit », para. 195), l'art. 8(1) est peut-être inutile. Cela explique le silence du projet de Convention sur les hypothèses dans lesquelles la question préalable n'entre dans aucune des deux catégories visées à l'art. 8. Ainsi, par ex., dans une action portant sur des dommages à un bien meuble (objet principal), le tribunal pourrait avoir à statuer sur la propriété de ce bien (question préalable). En principe, la partie du jugement statuant sur une question préalable ne circulera pas en vertu du projet de Convention (voir, *supra*, para. 257) et, par conséquent, l'art. 8(1) ne doit pas être interprété *a contrario*. Cependant, « dans le cas de décisions sur des matières échappant au champ d'application de la Convention [...] la question est d'une telle importance qu'il a été jugé souhaitable d'avoir une disposition expresse », Rapport Hartley/Dogauchi, para. 196.

311 **Second condition.** Mere priority is, however, not sufficient. According to paragraph 2(b), there must also be a close connection between the dispute and the requested State. This condition is to prevent strategic or opportunistic behaviour. For example, without the condition, a potential defendant in one State could move to another State and sue the other party there, seeking a so-called “negative declaration” just to prevent the future recognition or enforcement of the foreign judgment and on the basis of an exorbitant jurisdictional ground. The draft Convention does not determine which bases of jurisdiction meet the “close connection” condition. In principle, any of the bases of jurisdiction listed in Article 5 satisfies this condition but there may be others that do so as well, *e.g.*, the place where the harm was directly suffered in non-contractual disputes. Conversely, the mere nationality of the claimant or his or her domicile in the requested State would not be sufficient.<sup>213</sup>

312 **Consequences.** If those three conditions are met, recognition and enforcement of the judgment may be postponed or refused. Paragraph 2 clarifies that a refusal under this paragraph does not prevent a subsequent application for recognition and enforcement. This provision addresses situations where proceedings in the requested State conclude without a judgment on the merits (*e.g.*, for procedural reasons) or with a decision on the merits which is consistent with the foreign judgment.

#### Article 8 – Preliminary questions

313 **Introduction.** Article 8 deals with matters ruled as preliminary or “incidental” questions. Preliminary questions are legal issues that must be addressed before the plaintiff’s claim can be decided but are not the main object or principal issue of the proceedings.<sup>214</sup> Thus, conceptually, Article 8 recognises that legal issues within a judgment may be separate from one another but considered sequentially (*i.e.*, that a decision on the principal issue is predicated on a decision on another, preliminary issue). Thus, for example, in an action for damages for breach of an intellectual property licensing contract (main object), the court might first have to rule on whether the intellectual property right is valid (preliminary question); or in an action for damages for breach of a sale contract (main object), the court might first have to decide on the capacity of a party to enter into such a contract (preliminary question). These preliminary questions are usually, but not always, introduced by the defendant by way of defence.

314 Under Article 2(2), judgments including preliminary rulings on excluded matters are not, for that reason alone, excluded from the scope of the draft Convention (see *supra* paras 63–65). Article 8 deals with recognition and enforcement of judgments that rule on preliminary questions dealing with excluded matters. Article 8 also addresses judgments that rule on a preliminary matter addressed by Article 6 (exclusive bases of jurisdiction) where the court of origin is not the court referred to in that Article, *e.g.*, the

State of origin is different from the State in which the intellectual property right is registered.<sup>215</sup>

315 **Structure of Article 8.** This provision contains three rules dealing with rulings on preliminary questions. Paragraph 1 excludes rulings on certain preliminary questions from recognition and enforcement under the draft Convention. Paragraph 2 allows the requested court to refuse to recognise or enforce judgments that are based on rulings on certain preliminary questions. Finally, paragraph 3 qualifies the application of paragraph 2 to judgments ruling on the validity of a registered intellectual property right as a preliminary question.

#### Paragraph 1

316 **Introduction.** Paragraph 1 provides that where a matter to which the draft Convention does not apply arose as a preliminary question, or where a matter referred to in Article 6 arose as a preliminary matter in a court other than the court referred to in that Article, the ruling on the preliminary question is not recognised or enforced. States are not precluded from recognising and enforcing those rulings under national law.<sup>216</sup>

317 The general principle is that the application of the draft Convention is determined by the object of the proceedings, and not by the preliminary question (see also, *supra* Art. 2(2)). Therefore, a judgment is eligible for recognition and enforcement under Article 5 or 6 if it meets any of the jurisdictional filters laid down in that provision as regards the *main object* of the proceedings. If the court of origin has also ruled on a preliminary question, that ruling may have effects in future proceedings according to the law of that State. For example, under the doctrine of issue estoppel, collateral estoppel or issue preclusion, rulings on preliminary questions must be recognised in future proceedings.<sup>217</sup> The purpose of paragraph 1 is to clarify that the recognition of these effects is not provided for under the draft Convention.<sup>218</sup>

318 **Matters excluded from the scope of the draft Convention.** Paragraph 1 refers to those rulings on matters to which the draft Convention “does not apply”. This covers

<sup>213</sup> Art. 18 of the 1999 preliminary draft Convention (“prohibited grounds of jurisdiction”) must be a reference for identifying which grounds of jurisdiction do not satisfy the test of the close connection.

<sup>214</sup> “Object” is intended to mean the matter with which the proceedings are directly concerned, and which is mainly determined by the plaintiff’s claim; see Hartley/Dogauchi Report, paras 77 and 149. The terms “incidental questions” and “principal issue” are used in the Nygh/Pocar Report, para. 177.

<sup>215</sup> The *co-Rapporteurs* note that the application of this provision requires that the State of origin is different from the State in which the intellectual property right concerned is registered. Art. 8 uses the expression “a court other than the court referred to in that Article”, *i.e.*, Art. 6. However, Art. 6 does not refer to any court, but to a State – the State of registration. Thus, the application of Art. 8, with regard to intellectual property rights, implies that the judgment was given by the court of a State different from the State referred to in Art. 8.

<sup>216</sup> The *co-Rapporteurs* wish to note that whether or not the prohibition under Art. 16 would extend to the rulings on preliminary matters under Art. 6 requires consideration by the Diplomatic Session.

<sup>217</sup> See Hartley/Dogauchi Report, paras 195–196.

<sup>218</sup> Since the draft Convention does not require the recognition of rulings as preliminary questions (as explained in the Hartley/Dogauchi Report, *ibid.*, “[...] the Convention never requires the recognition or enforcement of such rulings, though it does not preclude Contracting State from recognising them under their own law”, para. 195), Art. 8(1) may be unnecessary. This explains why the draft Convention is silent on those cases where the preliminary question does not fall under either of the two categories referred to in Art. 8. For example, in an action for damages to a movable asset (main object), the court might have to decide on the ownership of that asset (preliminary question). In principle, the part of the judgment ruling on a preliminary question will not circulate under the draft Convention (see *supra* para. 257) and, therefore, Art. 8(1) should not be interpreted *a contrario*. However, “in the case of rulings on matters outside the scope of the Convention [...] the question is so important that it was thought desirable to have an express provision”, Hartley/Dogauchi Report, para. 196.

n'ont pas la qualification civile ou commerciale en vertu de l'article 1(1), des matières qui sont expressément exclues en vertu de l'article 2 et de celles qui sont exclues par une déclaration faite par l'État requis en vertu de l'article 19. Les décisions portant sur des matières auxquelles le projet de Convention ne s'applique pas ne doivent pas bénéficier de son application, qu'elles soient soulevées à titre préalable ou à titre principal.

**319 Exemples.** Si un jugement portant sur une violation de contrat a statué, à titre préalable, sur la capacité juridique d'une des parties (une personne physique) à conclure le contrat, la décision portant sur cette question préalable ne sera pas reconnue en vertu du projet de Convention parce que cette matière est exclue du champ d'application du projet de Convention en vertu de l'article 2(1)(a). Ou, si un jugement portant sur la responsabilité des administrateurs a tranché, à titre préalable, sur la validité d'une décision de l'assemblée générale des actionnaires, la décision portant sur cette question préalable ne sera pas reconnue en vertu du projet de Convention parce que cette matière est exclue du champ d'application du projet de Convention en vertu de l'article 2(1)(i). Cependant, le jugement portant sur l'objet principal bénéficierait de la reconnaissance et de l'exécution en vertu du projet de Convention, sous réserve du paragraphe (2), qui est analysé plus loin. Ainsi, supposons, par exemple, qu'un jugement ait jugé qu'une partie a droit à une réparation pour violation d'un contrat. Ce jugement contenait une décision rendue à titre préalable sur la capacité juridique d'une personne physique à conclure ce même contrat. La partie du jugement portant sur son objet principal, la condamnation à des dommages et intérêts, pourrait être reconnue et exécutée en vertu du projet de Convention (là encore, sous réserve de l'art. 8(2)), mais pas la décision sur la question préalable de la capacité. Il s'ensuit que ce jugement ne peut faire obstacle à l'ouverture d'une procédure dans l'État requis concernant la capacité d'une personne physique (ou, dans le deuxième exemple, la validité d'une décision de l'assemblée générale des actionnaires). Il reviendrait à la loi de l'État requis de résoudre le conflit éventuel entre les jugements dans cette situation. Il est possible que les effets du jugement étranger soient révisés lorsqu'un nouveau jugement portant sur la « question préalable » sera rendu dans l'État requis, mais cette fois à titre principal.

**320 Matières visées à l'article 6.** Le paragraphe premier couvre les décisions préalables portant sur des matières visées à l'article 6 rendues par un autre tribunal que le tribunal désigné dans cet article. Ainsi, par exemple, si un jugement sur des dommages et intérêts rendu dans l'État X sur la base de la résidence du défendeur, a statué à titre préalable sur la propriété d'un immeuble situé dans l'État Y, la décision sur cette question préalable ne sera pas reconnue en vertu du projet de Convention parce que les tribunaux de l'État où se situe l'immeuble ont compétence exclusive pour statuer sur la propriété (art. 6(b), voir, *supra*, para. 264 à 267). Le jugement de l'État X n'empêchera peut-être pas une nouvelle procédure dans l'État Y pour statuer sur le droit réel sur l'immeuble, comme il est expliqué au paragraphe précédent à propos d'une procédure dans l'État requis concernant la capacité juridique d'une personne physique ou la validité de la décision de l'assemblée générale des actionnaires. Ou, si un jugement portant sur des dommages et intérêts sur un contrat de licence rendu dans l'État X a statué à titre préalable sur la validité d'un brevet enregistré dans l'État Y, la décision sur cette question préalable ne sera pas reconnue en vertu du projet de Convention. Le tribunal de l'État requis est tenu de reconnaître et d'exécuter la décision principale, c'est-à-dire la décision sur les

dommages et intérêts (sauf si le para. 2 s'applique) conformément au projet de Convention, mais non la décision sur la question préalable. Là encore, comme il est expliqué dans ce paragraphe et au précédent, cela implique que le projet de Convention ne fait pas obstacle à une nouvelle procédure dans l'État dont les tribunaux ont compétence exclusive sur ces matières pour statuer sur le droit réel immobilier ou sur la validité du brevet en question.

#### *Paragraphe 2*

**321 Jugements fondés sur une question préalable.** Le paragraphe 2 autorise un tribunal à refuser la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement s'il est fondé sur des décisions rendues sur des questions préalables portant sur les mêmes matières que le paragraphe premier. Cette disposition ajoute un motif de refus de reconnaissance à ceux qui sont prévus à l'article 7. La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée *si, et dans la mesure où*, le jugement était fondé (i) sur une décision relative à une matière à laquelle le projet de Convention ne s'applique pas, ou (ii) sur une décision relative à une matière visée à l'article 6 qui a été rendue par un autre tribunal que celui désigné dans cette disposition. Ainsi, par exemple, en vertu du paragraphe 2, le tribunal de l'État requis peut refuser de reconnaître un jugement portant sur la nullité d'un contrat (objet principal) ou un jugement accordant des dommages et intérêts pour violation de contrat (objet principal) si, et dans la mesure où, il était fondé sur une décision relative à l'incapacité d'une personne physique à conclure ce type de contrat (question préalable).

322 L'application concrète de cette disposition exige que le tribunal de l'État requis examine la teneur du jugement étranger et qu'il vérifie « si et dans [quelle] mesure » la décision relative à l'objet principal de la procédure est fondée sur la décision portant sur la question préalable. Il s'agit de déterminer si une décision différente sur la question préalable aurait abouti à un jugement différent sur l'objet principal de la procédure. Autrement dit, le tribunal de l'État requis doit vérifier si la décision portant sur la question préalable fournit la base nécessaire sur laquelle le jugement est fondé<sup>219</sup>. Ainsi, par exemple, si le tribunal d'origine déclare la nullité d'un contrat pour incapacité juridique et existence d'une fraude, la décision sur l'incapacité n'est pas nécessaire au jugement puisque la fraude aurait été suffisante en elle-même pour conclure à la nullité du contrat. Le Rapport Hartley/Dogauchi précise que cette exception ne doit être utilisée que lorsque le tribunal de l'État requis aurait tranché la question préalable de manière différente<sup>220</sup> et que, par conséquent, la décision sur l'objet principal aurait été différente elle aussi<sup>221</sup>.

#### *[Paragraphe 3]*

[323 Le paragraphe 3 apporte une nuance en ce qui concerne l'application du paragraphe 2 aux droits de propriété intellectuelle. En vertu du paragraphe 3, lorsqu'un jugement est fondé sur une décision relative à la validité d'un droit de propriété intellectuelle enregistré, sa reconnaissance ou son exécution *ne* peut être refusée en vertu du paragraphe 2 ou différée *que* sous certaines conditions. Cette nuance ne s'applique pas aux décisions rendues à titre préalable qui portent sur des matières exclues du champ d'application du projet de Convention.

<sup>219</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 200.

<sup>220</sup> *Ibid.*, para. 197.

<sup>221</sup> Selon les co-Rapporteurs, puisqu'il s'agit d'une exigence matérielle, il pourrait être préférable de la mentionner explicitement dans le texte.



matters that do not qualify as civil or commercial under Article 1(1), matters expressly excluded under Article 2, and also matters excluded by a declaration made by the requested State under Article 19. Rulings on matters to which the draft Convention does not apply should not benefit from its application, whether they arise as preliminary questions or as principal issues.

**319 Examples.** If a judgment on a breach of contract ruled, as a preliminary issue, on the legal capacity of one of the parties (a natural person) to enter into such a contract, the ruling on this preliminary issue would not be recognised under the draft Convention because such a matter is beyond scope of the draft Convention under Article 2(1)(a). Or, if a judgment on directors' liability ruled, as a preliminary issue, on the validity of a decision of the shareholders' meeting, the ruling on this preliminary issue would not be recognised under the draft Convention because such a matter is beyond scope of the draft Convention under Article 2(1)(i). However, the judgment on the main object would benefit from recognition and enforcement under the draft Convention, subject to paragraph 2 which is discussed below. Thus, for example, suppose a judgment ruled that a party is entitled to receive compensation for breach of contract. The judgment contained a ruling, as a preliminary issue, on the legal capacity of a natural person to enter into that same contract. The judgment's ruling on its main object, the order for damages, could be recognised and enforced under the draft Convention (again, subject to Art. 8(2)), but not the decision on the preliminary question of capacity. It follows, therefore, that this judgment may not prevent commencement of proceedings in the requested State concerning the legal capacity of the natural person (or, in the second example, the validity of a decision of the shareholders meeting). It would be for the law of the requested State to solve the possible conflict of judgments in such a case. It may be that the effects of the foreign judgment are revised when a new judgment on the "preliminary question" is given in the requested State but this time as main object.

**320 Matters falling under Article 6.** Paragraph 1 refers to preliminary rulings on matters mentioned in Article 6 from a court other than the court referred to in that Article. For example, if a judgment on damages given in State X, on the basis of the defendant's residence, ruled as a preliminary issue on the ownership of an immovable property situated in State Y, the ruling on this preliminary issue would not be recognised under the draft Convention because courts of the State where immovable property is located have exclusive jurisdiction to rule on ownership (Art. 6(b), see *supra* paras 264-267). The judgment from State X may not prevent new proceedings in State Y to rule on the right *in rem* over the immovable property, as explained in the preceding paragraph referring to proceedings in the requested State about the legal capacity of a natural person or the validity of the decision of the shareholders meeting. Or, if a judgment for damages on a license contract given in State X ruled as a preliminary issue on the validity of a patent registered in State Y, the ruling on this preliminary issue would not be recognised under the draft Convention. The court of the requested State is required to recognise and enforce the main decision, *i.e.*, the ruling on damages (un-

less para. 2 applies), in accordance with the draft Convention, but not the ruling on the preliminary question. Again, as explained in this and the preceding paragraphs, this implies that the draft Convention does not prevent new proceedings in the State whose courts have exclusive jurisdiction on those matters to rule on the right *in rem* over the immovable property or on the validity of the concerned patent.

#### *Paragraph 2*

**321 Judgments based on preliminary questions.** Paragraph 2 allows a court to refuse recognition or enforcement of a judgment if it is based on rulings on preliminary questions on the same matters dealt with by paragraph 1. This provision adds an additional ground for non-recognition to those contained in Article 7. Recognition or enforcement of a judgment may be refused *if, and to the extent that*, the judgment was based on (i) a ruling on a matter to which the draft Convention does not apply, or (ii) on a matter referred to in Article 6 on which a court other than a court referred to in that Article ruled. Thus, for example, under paragraph 2, the court of the requested State may refuse recognition of a judgment on the nullity of a contract (main object), or a judgment awarding damages for breach of contract (main object), if and to the extent that, it was based on a ruling on the lack of capacity of a natural person to enter into such a contract (preliminary question).

**322** The practical application of this provision requires the court of the requested State to examine the content of the foreign judgment and verify "if and to the extent that" the decision on the main object of the proceedings is based on the ruling on the preliminary question. The question is whether a different ruling on the preliminary question would have led to a different judgment on the main object of the proceedings. In other words, the court of the requested State must verify whether the ruling on the preliminary question provides a necessary premise on which the judgment is based.<sup>219</sup> For example, if the court of origin declares the nullity of a contract because of the absence of legal capacity and the existence of fraud, the ruling of legal capacity is not necessary to the judgment since fraud would have been sufficient on its own to nullify the contract. The Hartley/Dogauchi Report clarifies that this exception should be used only where the court of the requested State would have decided the preliminary question in a different way,<sup>220</sup> and therefore the decision on the main object would also have been different.<sup>221</sup>

#### *[Paragraph 3]*

[323 Paragraph 3 qualifies the application of paragraph 2 to intellectual property rights. Under paragraph 3, when a judgment is based on a ruling on the validity of a registered intellectual property right, recognition or enforcement of such a judgment may be refused under paragraph 2 or postponed *only* where certain conditions are met. This qualification does not apply with respect to rulings on matters excluded from the scope of application of the draft Convention as preliminary questions.

<sup>219</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 200.

<sup>220</sup> *Ibid.*, para. 197.

<sup>221</sup> The *co-Rapporteurs* wish to note that given that this is a substantive requirement, it may be preferable for it to be explicitly mentioned in the text.

324 **Alinéas.** L'article 8(3) comprend deux alinéas. L'alinéa (a) dispose que la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée si, et dans la mesure où, la décision sur la validité du droit de propriété intellectuelle enregistré soulevée à titre préalable est incompatible avec un jugement ou une décision rendu(e) sur ce point par une autorité compétente (par ex., un office de brevets) de l'État où ce droit est enregistré ou réputé enregistré<sup>222</sup>. Cet État peut être un État contractant ou un État non contractant, car le projet de Convention protège également la compétence exclusive des États non contractants dans ce domaine. L'alinéa (a) donne la préférence aux décisions des tribunaux (ou des autorités) de l'État d'enregistrement mais seulement dans la mesure où (i) une décision sur la validité du droit de propriété intellectuelle en question a déjà été rendue dans cet État et (ii) cette décision est incompatible avec la décision rendue par le tribunal d'origine sur la même question mais à titre préalable<sup>223</sup>.

325 L'alinéa (b) autorise à refuser ou à différer la reconnaissance ou l'exécution du jugement si une procédure relative à la validité du droit de propriété intellectuelle est pendante dans l'État de l'enregistrement, à savoir l'État où ce droit est enregistré ou réputé enregistré. Cet État peut aussi être un État contractant ou un État non contractant. Cette disposition autorise le tribunal de l'État requis à refuser la reconnaissance ou l'exécution<sup>224</sup> ou à surseoir à statuer dans l'attente du jugement des tribunaux (ou des autorités compétentes) ayant compétence exclusive sur la validité du droit de propriété intellectuelle en question. La reconnaissance ou l'exécution du jugement ne peut être refusée en vertu de l'alinéa (b) si les tribunaux ou les autorités de l'État de l'enregistrement jugent que le brevet est valable. Si ces tribunaux ou autorités jugent que le brevet est nul, la reconnaissance ou l'exécution peut être refusée.

326 Le paragraphe 3 restreint le champ d'application du paragraphe 2 et limite ainsi l'invocation stratégique de la nullité du droit de propriété intellectuelle enregistré pour se défendre. En effet, le défendeur ne peut bénéficier du paragraphe 3 que si un jugement favorable sur la nullité du droit de propriété intellectuelle enregistré a été rendu dans l'État de l'enregistrement ou si, au minimum, une procédure sur la validité du droit de propriété intellectuelle est pendante dans cet État. À l'inverse, si le défendeur dont les arguments en défense ont été rejetés dans le cadre de la procédure initiale n'a même pas tenté de faire déclarer la nullité du droit de propriété intellectuelle dans le « for approprié », c'est-à-dire l'État de l'enregistrement, il sera lié par le jugement et s'exposera à sa reconnaissance et à son exécution en vertu du projet de Convention.

327 **Application concrète.** L'application de cette disposition se limitera, dans la pratique, aux jugements portant sur des litiges contractuels (contrats de licence) parce que le projet de Convention a établi un critère de compétence *quasi* exclusif sur les *contrefaçons* de droits de propriété intellectuelle enregistrés (voir, *supra*, para. 239 à 247). Les jugements portant sur la contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle enregistré ne circulent en vertu du projet de Convention que si l'État d'origine est celui dans lequel le droit en question est enregistré. Par conséquent, la condition d'application de cette disposition, à savoir que l'État d'origine n'est pas l'État de l'enregistrement, ne peut exister dans ces hypothèses. Inversement, l'article 5(1) s'appli-

que bien aux jugements portant sur des contrats de licence (voir, *supra*, para. 189 à 196) et dans ces hypothèses, l'article 8(3) peut être pertinent.

328 **Exemple 1.** Imaginons un jugement rendu dans l'État X, où le défendeur a sa résidence habituelle, qui condamne celui-ci à payer des redevances en vertu d'un contrat de licence de brevet. Le jugement a également statué à titre préalable sur la validité d'un brevet délivré dans l'État Y. La décision conclut à la validité du brevet et, en conséquence, le défendeur est condamné à payer des redevances au créancier du jugement. La décision sur cette question préalable de la validité ne sera pas reconnue en vertu du projet de Convention, conformément à l'article 8(1), mais le tribunal de l'État requis doit reconnaître et exécuter la décision principale, c'est-à-dire la condamnation du défendeur au paiement des redevances.

329 Si, toutefois, le défendeur introduit une instance dans l'État Y sur la validité du brevet en tant qu'objet principal et les tribunaux de l'État Y rendent un jugement déclarant que le brevet est nul, les tribunaux de l'État requis (qui n'est peut-être pas l'État Y) peuvent refuser de reconnaître ou d'exécuter le jugement accordant des dommages et intérêts rendu dans l'État X conformément à l'article 8(3)<sup>225</sup>.

330 **Jugements portant sur une contrefaçon.** Cette disposition ne concerne pas les jugements portant sur la contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle enregistré lorsque la nullité du droit a été soulevée en défense. Comme il est analysé plus haut, l'article 8(3) s'applique aux hypothèses dans lesquelles l'État d'origine du jugement n'est pas l'État d'enregistrement du droit de propriété intellectuelle. Cependant, le projet de Convention établit un critère de compétence *quasi* exclusif pour la reconnaissance et l'exécution des jugements portant sur la *contrefaçon* de droits de propriété intellectuelle enregistrés (art. 5(3)(a)), qui exige que l'État d'origine soit l'État d'enregistrement du droit en question. Ce critère de compétence coïncide avec le critère de compétence exclusive visé à l'article 6(a). De ce fait, seuls les tribunaux des États d'enregistrement/des États d'origine statueront sur les contrefaçons de droits de propriété intellectuelle enregistrés et ces tribunaux régleront le moyen de défense de la nullité lorsqu'ils statueront sur la contrefaçon. En conséquence, l'article 8(3) ne sera pas pertinent parce que l'État d'origine se confond avec l'État d'enregistrement.]

#### Article 9 – Divisibilité

331 L'article 9 prévoit la reconnaissance et l'exécution d'une partie dissociable d'un jugement lorsqu'elles sont demandées ou lorsqu'une partie seulement du jugement peut être reconnue ou exécutée en vertu du projet de Convention<sup>226</sup>. Ce peut être le cas lorsque des parties du jugement ne sont pas susceptibles d'être reconnues ou exécutées parce qu'elles portent sur des matières exclues du champ d'application du projet de Convention, parce qu'elles sont contraires à l'ordre public ou parce qu'il s'agit de jugements ordonnant des mesures provisoires qui n'ont pas l'autorité de chose jugée ou qui ne sont pas encore exécutoires dans l'État d'origine. Dans ce dernier cas toutefois, l'État requis peut préférer différer la décision sur la reconnaissance et l'exécution, comme l'autorise l'article 4(4)(b). Un autre exemple est celui d'un jugement portant sur plusieurs obligations contractuelles lorsque le critère de com-

<sup>222</sup> Dans la première hypothèse, rien ne justifie de différer la décision sur la reconnaissance ou l'exécution.

<sup>223</sup> Notons que l'art. 7(1)(f) peut se recouper partiellement avec cette disposition.

<sup>224</sup> Dans ce cas, un refus n'empêche pas le créancier du jugement d'introduire une nouvelle instance une fois que la validité a été confirmée par les tribunaux de l'État d'enregistrement, comme indiqué au para. 3.

<sup>225</sup> Notons que dans cet exemple, l'art. 7(1)(f) ne s'appliquerait pas car le jugement rendu dans l'État Y est postérieur au jugement rendu dans l'État X.

<sup>226</sup> Cet article reproduit l'art. 15 de la Convention Élection de for de 2005. Voir aussi le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 217.

324 **Sub-paragraphs.** Article 8(3) contains two sub-paragraphs. Sub-paragraph (a), provides that recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the ruling on the validity of the registered intellectual property right as a preliminary question is inconsistent with a judgment or a decision of a competent authority (e.g., a patent office) given in the State where such a right is registered or deemed to be registered.<sup>222</sup> This may be a Contracting State or a non-Contracting State as the draft Convention also protects the exclusive jurisdiction of non-Contracting States in this area. Sub-paragraph (a) gives preference to the decisions of the courts (or authorities) of the State of registration but only insofar as (i) there is already a decision on the validity of the relevant intellectual property right in that State and (ii) this decision is inconsistent with the ruling given by the court of origin on the same issue but as a preliminary question.<sup>223</sup>

325 Sub-paragraph (b) allows recognition or enforcement of the judgment to be refused or postponed if proceedings on the validity of the registered intellectual property right are pending in the State of registration, i.e., in the State where such right is registered or deemed to be registered. This State may also be a Contracting State or a non-Contracting State. This provision allows the court of the requested State to either refuse recognition or enforcement,<sup>224</sup> or to suspend the decision to await the judgment of the courts (or competent authorities) which have exclusive jurisdiction on the validity of the intellectual property right in question. Recognition or enforcement of the judgment may not be refused under sub-paragraph (b) if the courts or authorities of the State of registration hold the patent valid. If those courts or authorities hold the patent invalid, recognition or enforcement may be refused.

326 Paragraph 3 restricts the scope of application of paragraph 2 and therefore limits strategic use of the invalidity of the registered intellectual property right by way of defence. The defendant may only benefit from paragraph 3 if a favourable judgment on the invalidity of the registered intellectual property right was rendered in the State of registration or if, at least, proceedings on the validity of the intellectual property right are pending in that State. Conversely, if the defendant whose defence was disregarded in the original proceedings did not even attempt to have the intellectual property right declared invalid in the “proper forum”, i.e., the State of registration, he or she will be bound to the judgment and exposed to its recognition and enforcement under the draft Convention.

327 **Application in practice.** The application of this provision will, in practice, be limited to judgments on contractual disputes (licensing agreements) because the draft Convention has established a *quasi*-exclusive base for jurisdiction on *infringements* of registered intellectual property rights (see *supra* paras 239-247). Judgments on an infringement of a registered intellectual property right only circulate under the draft Convention if the State of origin is the State in which the right concerned is registered. Therefore, the condition for application of this provision, i.e., that the State of origin is different from the State of registration, cannot exist in such cases. Conversely, Article 5(1) does ap-

ply to judgments on license contracts (see *supra* paras 189-196) and in these cases Article 8(3) may become relevant.

328 **Example 1.** Imagine a judgment given in State X, where the defendant is habitually resident, which orders the defendant to pay royalties under a patent-licensing agreement. The judgment also ruled on the validity of a patent granted in State Y as a preliminary question. The ruling holds that the patent is valid, and as a consequence, the judgment orders the defendant to pay royalties to the judgment creditor. The ruling on this preliminary question of validity would not be recognised under the draft Convention, pursuant to Article 8(1). But the court of the requested State has to recognise and enforce the main decision, i.e., the order for the defendant to pay the royalties.

329 If, however, the defendant brings proceedings in State Y on the validity of the patent as the main object, and the courts of State Y deliver a judgment declaring the patent invalid, the courts of the requested State (may not be State Y) may refuse to recognise or enforce the judgment awarding damages given in State X in accordance with Article 8(3).<sup>225</sup>

330 **Judgment on infringement.** This provision is not relevant to judgments regarding the infringement of a registered intellectual property right where the invalidity of the right was raised as a defence. As discussed above, Article 8(3) applies to cases where the State of origin of the judgment is different from the State of registration of the intellectual property right. However, the draft Convention establishes a *quasi*-exclusive basis for the recognition and enforcement of judgments on *infringements* of registered intellectual property rights (Art. 5(3)(a)), requiring the State of origin to be the State in which the right concerned is registered. This jurisdictional basis coincides with the exclusive jurisdictional filter laid down in Article 6(a). Accordingly, only the courts of States of registration/States of origin will rule on *infringements* of registered intellectual property rights and these courts will resolve the invalidity defence when determining the infringement. As a consequence, Article 8(3) will not be relevant because the court of the State of origin and State of registration are one and the same.]

#### Article 9 – Severability

331 Article 9 provides for the recognition and enforcement of a severable part of a judgment where this is applied for, or where only part of the judgment is capable of being recognised or enforced under the draft Convention.<sup>226</sup> Examples would include situations where parts of the judgment would not be subject to recognition or enforcement because they involve matters that fall outside the scope of the draft Convention, are contrary to public policy, or because they are interim orders which do not have the effect of *res judicata* or are not as yet enforceable in the State of origin. In the latter case, however, the requested State may prefer to postpone the decision on recognition and enforcement as permitted under Article 4(4)(b). A further example is a judgment on several contractual obligations where the ju-

<sup>222</sup> In this first case, there is no reason to postpone the decision on recognition or enforcement.

<sup>223</sup> Note that Art. 7(1)(f) may partially overlap with this provision.

<sup>224</sup> In this case, a refusal does not prevent the judgment creditor from bringing new proceedings once validity has been confirmed by the courts of the State of registration, as set forth in para. 3.

<sup>225</sup> Note that, in this example, Art. 7(1)(f) would not apply since the judgment in State Y was rendered after the judgment in State X.

<sup>226</sup> This Article replicates Art. 15 of the 2005 Choice of Court Convention. See also Hartley/Dogauchi Report, para. 217.

pétence énoncé à l'article 5(1)(g) n'est rempli que pour l'une d'entre elles<sup>227</sup>.

332 Pour être dissociable, la partie d'un jugement doit pouvoir être autonome, cette autonomie étant en principe déterminée par la possibilité de n'exécuter qu'une partie du jugement sans modifier en profondeur les obligations des parties. Si la divisibilité soulève des questions de droit, celles-ci devront être résolues conformément au droit de l'État requis<sup>228</sup>.

#### Article 10 – Dommages et intérêts

333 L'article 10 autorise un tribunal à refuser la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement si, et dans la mesure où, les dommages et intérêts accordés ne constituent pas une réparation de la perte ou du préjudice réellement subis par une partie. La partie compensatoire du jugement demeure exécutoire, si elle est dissociable.

334 Les qualificatifs « exemplaires » et « punitifs » sont synonymes et dénotent que ces dommages et intérêts ont un objectif expressément punitif, par opposition à un objectif essentiellement compensatoire. S'il est généralement admis que les dommages et intérêts compensatoires peuvent avoir un effet dissuasif, leur premier objectif est de réparer le préjudice effectivement subi. En revanche, les dommages et intérêts punitifs ou exemplaires sont généralement accordés pour exprimer une condamnation d'un comportement particulièrement inacceptable de l'auteur du préjudice.

335 Le texte de l'article 10 reprend la disposition équivalente de la Convention Élection de for de 2005<sup>229</sup>. Pour faciliter la compréhension de la source et de la portée de la règle, le Rapport explicatif sur cette Convention a inséré la déclaration détaillée suivante qui avait été adoptée lors de la Session diplomatique<sup>230</sup> :

*« (a) Partons d'un principe élémentaire et constant : les jugements accordant des dommages et intérêts relèvent du champ d'application de la Convention. Un jugement rendu par un tribunal désigné dans un accord exclusif d'élection de for et qui, en tout ou partie, accorde des dommages et intérêts au demandeur, sera reconnu et exécuté dans tous les États contractants en vertu de la Convention. De tels jugements n'étant pas différents d'autres décisions relevant du champ d'application de la Convention, l'article 8 s'applique sans réserve. Cela vise à la fois l'obligation de reconnaissance et d'exécution et tous les motifs de refus.*

*(b) Au cours des négociations, il est apparu que les jugements accordant des dommages et intérêts allant bien au-delà du préjudice réel subi par le demandeur posaient un problème à certaines délégations. Les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs en sont un exemple important. Certaines délégations étaient d'avis que l'exception d'ordre public de l'article 9 e) permettait de régler ces problèmes, mais d'autres ont clairement indiqué que cela n'était pas possible selon leur concept limité de l'ordre public. Il a donc été convenu qu'il devrait y avoir un motif supplémentaire de*

*refus pour les jugements sur les dommages et intérêts. C'est le nouvel article 11. Comme pour tous les autres motifs de refus, cette disposition devrait être interprétée et appliquée de manière aussi restrictive que possible.*

*(c) L'article 11 est fondé sur la fonction principale incontestée des dommages et intérêts : ils doivent compenser le préjudice réel. Le nouvel article 11(1) indique donc que la reconnaissance et l'exécution d'un jugement peuvent être refusées si, et dans la mesure où, les dommages et intérêts ne compensent pas une partie pour la perte ou le préjudice réel subis. Il convient de mentionner que le mot anglais 'actual' a un sens différent du français 'actuel' (qui ne figure pas dans le texte français), de sorte que les pertes futures sont également couvertes.*

*(d) Cela ne signifie pas que le tribunal requis est autorisé à examiner s'il aurait pu accorder ou non la même somme de dommages et intérêts. Le seuil est bien plus élevé. L'article 11 ne fonctionne que lorsqu'il résulte manifestement du jugement que la condamnation semble aller au-delà de la perte ou du préjudice réels subis. Cela concerne notamment les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs. Ces types de dommages et intérêts sont donc expressément mentionnés. Mais dans des cas exceptionnels, des dommages et intérêts qualifiés de compensatoires par le tribunal d'origine pourraient également relever de cette disposition*

*(e) Cette disposition considère également comme compensant la perte ou le préjudice réels subis les dommages et intérêts accordés dans le cadre d'un accord entre les parties (dommages et intérêts conventionnels) ou d'une loi (dommages et intérêts légaux). À l'égard de tels dommages et intérêts, le tribunal requis ne pourrait refuser la reconnaissance et l'exécution que si et dans la mesure où ces dommages et intérêts sont destinés à punir le défendeur plutôt qu'évaluer équitablement le niveau d'indemnisation approprié.*

*(f) Il serait faux de demander si le tribunal requis doit appliquer la loi de l'État d'origine ou la loi de l'État requis. L'article 11 comporte un concept autonome. C'est bien entendu le tribunal requis qui applique cette disposition, mais cette application n'entraîne pas une simple application de la loi de l'État requis en matière de dommages et intérêts.*

*(g) La reconnaissance et l'exécution ne peuvent être refusées que dans la mesure où le jugement va au-delà de la perte ou du préjudice réels subis. Selon la plupart des délégations, cela pourrait déjà découler logiquement de l'objet limité de cette disposition. Toutefois, il est utile de l'indiquer expressément. Cela évite une éventuelle démarche de 'tout ou rien' appliquée par certains systèmes de droit pour l'exception d'ordre public.*

*(h) [...] L'article 11 ne permet qu'un examen aux fins de savoir si le jugement accorde des dommages et intérêts ne compensant pas la perte réelle ; il ne permet aucun autre examen de l'affaire au fond. Comme tous les autres motifs de refus, il ne s'appliquera que dans des circonstances exceptionnelles. Un excès de rédaction pour ces affaires leur aurait attribué un poids politique excessif.*

<sup>227</sup> Cet exemple suppose qu'il n'y a pas d'autre critère de compétence en vertu de l'art. 5(1).

<sup>228</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 374.

<sup>229</sup> Également art. 11 de la Convention Élection de for de 2005.

<sup>230</sup> Seuls les passages de la déclaration qui intéressent le projet de Convention sont présentés. Les passages évoquant de précédentes versions de l'article sur les dommages et intérêts ont été omis. Pour la déclaration complète telle qu'elle figure dans le Rapport explicatif de la Convention Élection de for de 2005, voir le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 203 à 205.

risdictional criterion of Article 5(1)(g) is only satisfied in relation to one of them.<sup>227</sup>

332 In order to be severable, a part of a judgment must be capable of standing alone. This would normally depend on whether enforcing only that part of the judgment would significantly change the obligations of the parties. If severability raises issues of law, they will have to be determined according to the law of the requested State.<sup>228</sup>

#### Article 10 – Damages

333 Article 10 allows a court to refuse recognition or enforcement of a judgment if, and to the extent that, the award of damages does not compensate the plaintiff for actual loss or harm suffered. The compensatory portion of the judgment remains enforceable if it is severable.

334 “Exemplary” and “punitive” damages mean the same thing and reflect the fact that these damages have an expressly punitive, as opposed to a primarily compensatory objective. While it is generally accepted that compensatory damages can have a deterrent effect, their primary objective is to repair the actual loss suffered. Punitive or exemplary damages, on the other hand, are typically awarded to express condemnation of particularly egregious behaviour on the part of the person who caused harm.

335 The text of Article 10 replicates the equivalent provision in the 2005 Choice of Court Convention.<sup>229</sup> To assist with better understanding of the source and scope of the rule, the Explanatory Report on that Convention included the following detailed statement that had been adopted at the Diplomatic Session:<sup>230</sup>

*“(a) Let us start with a basic and never disputed principle: judgments awarding damages are within the scope of the Convention. So a judgment given by a court designated in an exclusive choice of court agreement which, in whole or in part, awards damages to the plaintiff, will be recognised and enforced in all Contracting States under the Convention. As such judgments are not different from other decisions falling within the scope of the Convention, Article 8 applies without restriction. This means both the obligation to recognise and enforce and all the grounds for refusal.*

*(b) During the negotiations, it has become obvious that some delegations have problems with judgments awarding damages that go far beyond the actual loss of the plaintiff. Punitive or exemplary damages are an important example. Some delegations thought that the public policy exception in Article 9 e) could solve those problems, but others made it clear that this was not possible under their limited concept of public policy. Therefore it was agreed that there should be an ad-*

*ditional ground for refusal for judgments on damages. This is the new Article 11. As in the case of all other grounds for refusal, this provision should be interpreted and applied in as restrictive a way as possible.*

*(c) Article 11 is based on the undisputed primary function of damages: they should compensate for the actual loss. Therefore the new Article 11(1) says that recognition and enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the damages do not compensate a party for actual loss or harm suffered. It should be mentioned that the English word ‘actual’ has a different meaning from the French ‘actuel’ (which is not used in the French text); so future losses are covered as well.*

*(d) This does not mean that the court addressed is allowed to examine whether it could have awarded the same amount of damages or not. The threshold is much higher. Article 11 only operates when it is obvious from the judgment that the award appears to go beyond the actual loss or harm suffered. In particular, this applies to punitive or exemplary damages. These types of damages are therefore explicitly mentioned. But in exceptional cases, damages which are characterised as compensatory by the court of origin could also fall under this provision.*

*(e) This provision also treats as compensation for actual loss or harm damages that are awarded on the basis of a party agreement (liquidated damages) or of a statute (statutory damages). With regard to such damages, the court addressed could refuse recognition and enforcement only if and to the extent that those damages are intended to punish the defendant rather than to provide for a fair estimate of an appropriate level of compensation.*

*(f) It would be wrong to ask whether the court addressed has to apply the law of the State of origin or the law of the requested State. Article 11 contains an autonomous concept. It is of course the court addressed which applies this provision, but this application does not lead to a simple application of the law of the requested State concerning damages.*

*(g) Recognition and enforcement may only be refused to the extent that the judgment goes beyond the actual loss or harm suffered. For most delegations, this might already be a logical consequence of the limited purpose of this provision. However, it is useful to state this expressly. This avoids a possible ‘all or nothing approach’ some legal systems apply to the public policy exception.*

*(h) [...] Article 11 only provides for a review whether the judgment awards damages not compensating for actual loss; it does not allow any other review as to the merits of the case. Like all other grounds of refusal, it will only apply in exceptional cases. Any over-drafting with respect to those cases would have given them too much political weight.*

<sup>227</sup> This example assumes that there is no other jurisdictional basis available under Art. 5(1).

<sup>228</sup> Nygh/Pocar Report, para. 374.

<sup>229</sup> Also Art. 11 of the 2005 Choice of Court Convention.

<sup>230</sup> Only those parts of the statement that are relevant to the draft Convention are included. Portions of the statement that refer to previous versions of the Article on damages have been omitted. For the full statement as it appears in the Explanatory Report of the 2005 Choice of Court Convention, see Hartley/Dogauchi Report, paras 203-205.

(i) *L'article 11 n'oblige pas le tribunal à refuser la reconnaissance et l'exécution. C'est une conséquence manifeste de sa formulation – le tribunal peut refuser – et conforme à la démarche globale de l'article 9 [sur le refus d'exécution ou de reconnaissance]. La disposition ne limite donc en aucune manière la reconnaissance et l'exécution des dommages et intérêts en vertu du droit national ou d'autres instruments internationaux, et permet (mais n'impose pas) la reconnaissance et l'exécution en vertu du projet de Convention. Là encore, le Groupe de travail a été d'avis qu'une disposition expresse aurait constitué un excès de rédaction accordant trop de poids à la question des dommages et intérêts.*

(j) [...] *En vertu de l'article 11(1), on pourrait prétendre que les dommages et intérêts destinés à couvrir les frais de l'instance ne sont pas destinés à compenser une perte réelle. Cela serait naturellement erroné dans une perspective comparative. Mais il est néanmoins raisonnable d'inclure une mention expresse de cette difficulté dans la disposition. Cette mention ne comporte pas une règle stricte ; le fait que les dommages et intérêts sont destinés à couvrir les frais et dépens doit seulement être pris en considération. »*

336 Cette déclaration est de même applicable au projet de Convention.

[Article 11 – Réparations non pécuniaires en matière de propriété intellectuelle]

337 **[Introduction.]** La règle principale du projet de Convention est énoncée à l'article 4(1) : l'obligation de reconnaître et d'exécuter dans un État (l'État requis) un jugement rendu par un tribunal dans un autre État (l'État d'origine). Toutefois, l'article 11 exclut les jugements non pécuniaires en matière de propriété intellectuelle de [la reconnaissance et de] l'exécution en vertu du projet de Convention. Cette disposition s'applique aussi bien aux droits de propriété intellectuelle enregistrés que non enregistrés. Un jugement portant sur une contrefaçon en matière de propriété intellectuelle n'est [reconnu et] exécuté en vertu du projet de Convention que dans la mesure où il statue sur la réparation pécuniaire d'un dommage subi dans l'État d'origine. Les jugements portant sur une demande pécuniaire liée à un dommage subi dans l'État d'origine circuleront en vertu du projet de Convention même lorsque le demandeur a été débouté. Inversement, les jugements portant sur la contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle qui accordent une réparation non pécuniaire ne circuleront pas en vertu du projet de Convention. Naturellement, cette disposition n'interdit pas [leur reconnaissance ni] leur exécution en vertu du droit interne.

338 **Jugements non pécuniaires.** L'article 11 exclut les jugements accordant des mesures autres que le paiement d'une somme d'agent fixée ou déterminable. Ces mesures recouvrent généralement les injonctions de faire ou de ne pas faire ou les ordonnances d'exécution en nature. Pour les droits de propriété intellectuelle, elles couvrent, par exemple, les injonctions interdisant la production ou la commercialisation de marchandises ou l'utilisation de procédés de fabrication protégés ou les ordonnances de remise et de livraison de marchandises portant atteinte à un droit<sup>231</sup>.

339 **Raisonnement.** Les jugements pécuniaires et non pécuniaires peuvent impliquer différentes formes d'exécution. Dans certains systèmes juridiques, les engagements person-

nels sont exécutés par le paiement d'une amende ou d'autres sanctions pour outrage, c'est-à-dire par des mesures visant à inciter le défendeur à se comporter conformément au jugement (voir, *supra*, para. 83). Les engagements non personnels peuvent être également exécutés par l'octroi de dommages et intérêts au titre des frais liés à l'obtention de l'exécution d'une autre personne que le défendeur. Les États de *common law* en particulier considèrent traditionnellement que les jugements non pécuniaires ne peuvent pas être exécutés, bien que l'on observe une nette tendance à s'écarter de cette approche<sup>232</sup>. Les fondements de cette approche sont à la fois historiques et pratiques. Des difficultés peuvent se poser en ce qui concerne l'interprétation des devoirs que des ordonnances non pécuniaires étrangères imposent au défendeur et de leur champ d'application territorial ou lorsqu'il n'existe pas de mesure non pécuniaire équivalente dans l'État requis.

340 **Droits de propriété intellectuelle.** L'article 11 exclut seulement les jugements non pécuniaires portant sur la contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle. Cette disposition prévoit une limite supplémentaire à la reconnaissance et à l'exécution d'un jugement pécuniaire : le jugement doit avoir statué sur des condamnations pécuniaires « liées au préjudice subi dans l'État d'origine ». Cette condition n'est peut-être pas nécessaire du fait des critères de compétence établis à l'article 5(3)(a) et (b) (voir, *supra*, para. 239 à 255). Elle ne vise qu'à renforcer le principe de la territorialité en matière de propriété intellectuelle (voir, *supra*, para. 235). [En outre, seule l'exécution des jugements non pécuniaires est exclue, pas la reconnaissance. Dès lors, un jugement étranger déclarant la violation d'un droit de propriété intellectuelle et accordant une réparation non pécuniaire aura, par exemple, autorité de chose jugée ou des effets de forclusion dans d'autres États en vertu du projet de Convention<sup>233</sup>.]

Article 12 – Transactions judiciaires

341 **Introduction.** L'article 12 étend le champ d'application du projet de Convention aux transactions judiciaires. Aux termes de cette disposition, les transactions homologuées par un tribunal d'un État ou conclues au cours d'une procédure devant un tribunal d'un État qui sont exécutoires dans l'État d'origine doivent être exécutées en vertu du projet de Convention au même titre qu'un jugement.

342 **Transactions judiciaires.** Le terme « transaction judiciaire » est rendu dans la version anglaise de cet article par le terme anglais « *judicial settlements* ». Les transactions judiciaires, une institution courante dans les États de droit civil, sont des contrats conclus devant le tribunal ou homologués par celui-ci dans lesquels les parties mettent fin à un contentieux, généralement au moyen de concessions réciproques<sup>234</sup>. La force de ces transactions découle de l'accord entre les parties, non de l'autorité du tribunal, qui ne statue pas sur les points réglés<sup>235</sup>. Ces contrats ont

<sup>232</sup> Voir, par ex., *Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.*, 2006 SCC 52 (Canada).

<sup>233</sup> La question de savoir s'il faut reconnaître les effets d'autorité de la chose jugée des jugements non pécuniaires a été discutée lors de la Troisième réunion de la Commission spéciale ; voir Procès-verbaux de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 13 au 17 novembre 2017), Rapport de séance No 6, para. 20 à 27 ; finalement, le mot « reconnaissance » a été conservé entre crochets.

<sup>234</sup> Voir le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 207. Le Règlement Bruxelles I bis définit une transaction judiciaire comme « une transaction approuvée par une juridiction d'un État membre ou conclue devant une juridiction d'un État membre en cours de procédure ».

<sup>235</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 379, note 201, citant l'arrêt de la CJUE du 2 juin 1994 dans l'affaire *Solo Kleinmotoren c. E. Boch*, C-414/92, EU:C:1994:221.

<sup>231</sup> Voir, sur la réparation des atteintes à des droits de propriété intellectuelle, art. 44 à 48 de l'Accord sur les ADPIC.

(i) Article 11 does not oblige the court to refuse recognition and enforcement. This is obvious from its wording – the court may refuse – and it is consistent with the general approach in Article 9 [on refusal to enforce or recognise]. So the provision in no way limits recognition and enforcement of damages under national law or other international instruments, and it allows (but does not require) recognition and enforcement under the Convention. Once again, the Working Group felt that an express provision would have been an over-drafting giving too much weight to the issue of damages.

(j) [...] Under Article 11(1), it could be argued that damages intended to cover the costs of proceedings were not compensating for an actual loss. This would of course be wrong from a comparative perspective. But it is nevertheless reasonable to have an express reference to this problem within the provision. This reference does not contain a hard rule; the fact that damages are intended to cover costs and expenses is only to be taken into account.”

336 This statement is equally applicable to the draft Convention.

[Article 11 – Non-monetary remedies in intellectual property matters]

337 **[Introduction.** Article 4(1) lays down the main rule of the draft Convention: the obligation to recognise and enforce a judgment given by a court in a State (State of origin) in another State (requested State). Article 11, however, excludes non-monetary judgments in intellectual property matters from [recognition and] enforcement under the draft Convention. The provision applies to both registered and unregistered intellectual property rights. A judgment ruling on an infringement in intellectual property matters shall *only* be [recognised and] enforced under the draft Convention to the extent that it rules on a monetary remedy in relation to harm suffered in the State of origin. Judgments ruling on a monetary claim in relation to harm suffered in the State of origin will circulate under the draft Convention, even when they dismissed the claim. Conversely, a judgment on an infringement of an intellectual property right granting non-monetary remedies will not circulate under the draft Convention. Naturally, this provision does not preclude its [recognition and] enforcement under national law.

338 **Non-monetary judgments.** Article 11 excludes judgments granting remedies other than the payment of a fixed or ascertainable sum of money. These remedies typically include injunctions to do or refrain from doing something, or orders for specific performance. For intellectual property rights these remedies include, for example, injunctions prohibiting the production or marketing of goods, the use of protected manufacturing processes, or orders to surrender and deliver infringing goods.<sup>231</sup>

339 **Rationale.** Monetary and non-monetary judgments can involve different forms of enforcement. In some legal systems, personal undertakings are enforced by a penalty

<sup>231</sup> See, on the remedies to violations of intellectual property rights, Arts 44-48 of the TRIPS Agreement.

payment or other sanctions for contempt, *i.e.*, measures to encourage the defendant to behave consistently with the order (see *supra* para. 83). Non-personal undertakings may also be enforced by an award of damages for the expense of obtaining performance from someone other than the defendant. Common law States in particular have traditionally considered foreign non-monetary judgments unenforceable, although there is a clear trend to depart from this approach.<sup>232</sup> The foundations for this approach are both historical and practical. Difficulties can arise in interpreting the duties imposed by, and territorial scope of, foreign non-monetary orders, or where equivalent non-monetary remedies do not exist in the requested State.

340 **Intellectual property rights.** Article 11 only excludes non-monetary judgments on an infringement in intellectual property matters. This provision includes an additional limitation to the recognition and enforcement of a monetary judgment: the judgment must be “in relation to harm suffered in the State of origin”. This condition may be unnecessary because of the jurisdictional filters established by Article 5(3)(a) and (b) (see *supra* paras 239-255). Its only purpose is to strengthen the principle of territoriality in intellectual property matters (see *supra* para. 235). [Furthermore, only enforcement of non-monetary judgments is excluded, but not recognition. Thus, a foreign judgment declaring the violation of an intellectual property right and granting a non-monetary remedy will have, for example, *res judicata* or preclusive effects in other States under the draft Convention.<sup>233</sup>]

Article 12 – Judicial settlements (transactions judiciaires)

341 **Introduction.** Article 12 extends the scope of application of the draft Convention to include judicial settlements (*transactions judiciaires*). According to this provision, settlements which a court of a State has approved, or which have been concluded in the course of the proceedings before a court of a State, and which are enforceable in the State of origin, are to be enforced under the draft Convention in the same manner as a judgment.

342 **Judicial settlements.** The English term “judicial settlements” is used in this Article as equivalent to the French term *transaction judiciaire*. Judicial settlements, a common institution in civil law States, are an agreement concluded before, or approved by, the court in which the parties settled their dispute, usually by making mutual concessions.<sup>234</sup> The force of these settlements derives from the agreement of the parties, not the authority of the court which does not rule on the points settled.<sup>235</sup> Such agreements have some, or

<sup>232</sup> See, for example, *Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*, 2006 SCC 52 (Canada).

<sup>233</sup> The question of *recognition* of the *res judicata* effects of non-monetary judgments was discussed during the Third Meeting of the Special Commission; see Minutes of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2017), Minutes No 6, paras 20-27; eventually, the word “recognition” was maintained but between brackets.

<sup>234</sup> See Hartley/Dogauchi Report, para. 207. The Brussels I Recast Regulation defines a court settlement as “a settlement which has been approved by a court of a Member State or concluded before a court of a Member State in the course of the proceedings”.

<sup>235</sup> Nygh/Pocar Report, para. 379, note 201, referring to the ECJ case *Solo Kleinmotoren GmbH v. E. Boch*, Judgment of 2 June 1994, C-414/92, EU:C:1994:221.

une partie, voire la totalité, des effets d'un jugement définitif. Les transactions judiciaires diffèrent des « *consent orders* », ordonnances rendues par le tribunal avec le consentement des deux parties. Les « *consent orders* » sont utilisés dans les États de *common law* à des fins similaires, mais ce sont des jugements qui doivent être reconnus et exécutés en vertu de l'article 4<sup>236</sup>.

343 L'article 12 couvre les transactions « judiciaires », à savoir les transactions conclues devant un tribunal ou homologuées par celui-ci au cours d'une procédure (comme c'est généralement le cas dans la plupart des États de droit civil), et les transactions « extrajudiciaires », à savoir les accords conclus entre les parties hors procédure judiciaire qui sont ensuite homologués ou confirmés par un tribunal<sup>237</sup>. Ainsi, par exemple, les transactions conclues à l'issue d'une médiation sont couvertes par l'article 12 si elles sont ensuite homologuées par un tribunal<sup>238</sup>. Cette possibilité découle de la distinction qui est opérée dans le texte entre les transactions « homologuées par un tribunal » et les transactions « conclues au cours d'une instance devant un tribunal ». Dans les deux cas, la transaction judiciaire doit être exécutoire au même titre qu'un jugement dans l'État d'origine. Pour le prouver, la partie qui demande l'exécution doit produire le certificat visé à l'article 13(1)(d), un certificat délivré par un tribunal de l'État d'origine attestant que la transaction judiciaire est exécutoire, en tout ou en partie, aux mêmes conditions qu'un jugement dans l'État d'origine.

**344 Distinction entre exécution et reconnaissance.** L'article 12 prévoit l'exécution des transactions judiciaires mais pas leur reconnaissance<sup>239</sup>. Par conséquent, une transaction judiciaire conclue dans un autre État ne peut pas être invoquée dans l'État requis, par exemple comme moyen de défense procédural contre une nouvelle demande<sup>240</sup>. Le Rapport Nygh/Pocar explique que dans certains États, les transactions judiciaires n'ont pas l'autorité de chose jugée et qu'elles ne peuvent donc pas être reconnues dans un autre État<sup>241</sup>. Le Rapport Hartley/Dogauchi ajoute que la Convention Élection de for de 2005 ne prévoit pas la reconnaissance des transactions judiciaires « principalement parce que les effets des transactions sont si différents entre différents systèmes de droit »<sup>242</sup>, mais il est également précisé que « la Convention n'interdit pas à un tribunal de traiter la transaction comme un moyen contractuel de défense au fond contre la réclamation »<sup>243</sup>.

345 Les motifs de refus d'exécution des transactions judiciaires sont les mêmes que ceux qui sont applicables aux jugements, mais les questions de compétence ne se poseront pas parce que les transactions sont essentiellement

consensuelles. Il en va de même des autres motifs de refus énoncés à l'article 7, par exemple, un vice de notification. Dans la pratique, le motif de refus d'exécution le plus pertinent sera l'ordre public.

#### Article 13 – Pièces à produire

346 L'article 13 précise les documents à produire par la partie qui sollicite la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement en vertu du projet de Convention<sup>244</sup>. Dans les systèmes juridiques où il n'existe pas de procédure particulière pour la reconnaissance (voir, *infra*, para. 353), la partie qui demande la reconnaissance peut avoir à produire ces documents lorsqu'elle entend se prévaloir du jugement étranger, par exemple pour se défendre<sup>245</sup>.

347 Le paragraphe 1(a) exige la production d'une copie complète et certifiée conforme du jugement. Un « jugement » comprend, s'il y a lieu, la motivation du tribunal et pas seulement le dispositif<sup>246</sup>. Le paragraphe 1(b) exige, si le jugement a été rendu par défaut, l'original ou une copie certifiée conforme du document attestant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié à la partie défaillante. Inversement, si le jugement n'a pas été rendu par défaut, le défendeur est réputé en avoir été notifié à moins qu'il n'apporte la preuve du contraire (voir art. 7(1)(a)). Le paragraphe 1(c) exige la production de tout document nécessaire pour établir que le jugement produit ses effets dans l'État d'origine ou, le cas échéant, qu'il est exécutoire dans cet État. Enfin, le paragraphe 1(d) exige, en ce qui concerne les transactions judiciaires, la production d'un certificat délivré par un tribunal de l'État d'origine attestant que la transaction est exécutoire, en tout ou en partie, aux mêmes conditions qu'un jugement dans l'État d'origine (voir, *supra*, para. 342 et 343). Ce certificat peut être délivré par un autre tribunal que celui qui a homologué la transaction ou devant lequel l'accord a été conclu<sup>247</sup>.

348 Le Rapport Hartley/Dogauchi précise deux points relatifs au paragraphe premier. Premièrement, le droit de l'État requis détermine les conséquences de la non-production des documents exigés. Deuxièmement, il convient d'éviter un formalisme excessif : si le débiteur du jugement ne subit pas de préjudice, le créancier du jugement doit être autorisé à réparer les omissions<sup>248</sup>.

349 Le paragraphe 2 dispose que le tribunal requis peut exiger la production d'autres documents afin de vérifier que les conditions du chapitre II du projet de Convention sont remplies. Cette disposition indique que la liste des documents énumérés au paragraphe premier n'est pas exhaustive. Il convient toutefois de ne pas imposer une charge excessive aux parties.

350 Le paragraphe 3 autorise une personne qui demande la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement en vertu du projet de Convention à utiliser un formulaire recommandé et publié par la Conférence de La Haye de droit international privé. Ce formulaire, qui peut être délivré par un tribunal de l'État d'origine ou par un greffier du tribunal, est

<sup>236</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 379 ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 207.

<sup>237</sup> Pour une autre interprétation de la disposition équivalente de la Convention Élection de for de 2005, voir le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 207. Les co-Rapporteurs notent que l'interprétation donnée dans le présent projet de Rapport explicatif est cohérente avec le texte de la disposition dans les deux instruments, tandis que l'interprétation plus étroite donnée dans le Rapport Hartley/Dogauchi n'est pas clairement reflétée dans le texte de la Convention Élection de for de 2005. L'interprétation proposée dans le projet de Rapport explicatif soulève une question matérielle à étudier lors de la Session diplomatique.

<sup>238</sup> Il n'y a pas de chevauchement entre cette interprétation et la Convention de la CNUDCI de 2018 sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation ou la loi type du même nom. Ces deux instruments excluent expressément les règlements issus de la médiation qui sont soit homologués par les tribunaux, soit conclus dans le cadre d'une procédure judiciaire.

<sup>239</sup> Cette limite posée à l'exécution est une exception au principe général selon lequel l'exécution d'un jugement présuppose qu'il peut être reconnu (voir, *supra*, para. 111, à propos de l'art. 4(3)).

<sup>240</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 208 et 209 (avec un exemple).

<sup>241</sup> *Ibid.*, para 123. Notons toutefois qu'en vertu de l'avant-projet de Convention de 1999, les jugements, pour être reconnus, doivent posséder l'autorité de chose jugée dans l'État d'origine (art. 25(2)). Cette condition n'est pas prévue dans le projet de Convention.

<sup>242</sup> *Ibid.*, para. 209.

<sup>243</sup> *Id.*

<sup>244</sup> Cette disposition est similaire pour l'essentiel à l'art. 13 de la Convention Élection de for de 2005 et à l'art. 29(1) de l'avant-projet de Convention de 1999.

<sup>245</sup> Le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 210, limite cette exigence aux circonstances dans lesquelles « l'autre partie conteste la reconnaissance du jugement ». Toutefois, cela n'interdit pas aux tiers ou aux autorités locales (par exemple un greffier) de demander ces documents.

<sup>246</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 211.

<sup>247</sup> Les co-Rapporteurs soulignent que contrairement au para. 3, la certification visée à l'alinéa (d) ne renvoie pas à un greffier du tribunal. La raison de cette distinction n'est pas claire et cette incohérence doit être portée à l'attention de la Session diplomatique.

<sup>248</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 211.



even all, of the effects of a final judgment. A judicial settlement must be distinguished from a consent order, *i.e.*, an order made by the court with the consent of both parties. Consent orders are used in common law States for similar purposes, but constitute judgments that must be recognised and enforced under Article 4.<sup>236</sup>

343 Article 12 covers both “in-court” settlements, *i.e.*, settlements approved or concluded before a court in the course of the proceedings (as is usually the case in most civil law States), and “out-of-court” settlements, *i.e.*, agreements concluded by the parties outside judicial proceedings, which are subsequently approved or confirmed by a court.<sup>237</sup> Thus, for example, settlements concluded as a result of mediation are covered by Article 12 if they are subsequently approved by a court.<sup>238</sup> This possibility arises from the distinction drawn in the text between settlements “approved by a court” and settlements “concluded in the course of the proceedings before a court”. In both cases, the judicial settlement must be enforceable, in the same manner as a judgment, in the State of origin. To prove this, the party seeking enforcement must produce the certificate referred to in Article 13(1)(d), *i.e.*, a certificate of a court of the State of origin confirming that the judicial settlement or a part of it is enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin.

344 **Enforcement versus recognition.** Article 12 provides for the enforcement of judicial settlements, but not their recognition.<sup>239</sup> Therefore a judicial settlement from another State may not be invoked in the requested State as, for example, a procedural defence to a new claim.<sup>240</sup> The Nygh/Pocar Report explains that in some jurisdictions, judicial settlements do not have the force of *res judicata* and therefore they cannot be recognised in another State.<sup>241</sup> The Hartley/Dogauchi Report adds that the 2005 Choice of Court Convention does not provide for the recognition of judicial settlements “mainly because the effects of settlements are so different in different legal systems”,<sup>242</sup> but “the Convention does not preclude a court from treating the settlement as a contractual defence to the claim on the merits”.<sup>243</sup>

345 The grounds for refusing enforcement of judicial settlements are the same as those applicable to judgments. But issues of jurisdiction will not arise because settlements are

essentially consensual. Likewise, for other grounds for refusal set out in Article 7, *e.g.*, defective notification. In practice, the most relevant ground for refusing enforcement will be public policy.

#### Article 13 – Documents to be produced

346 Article 13 contains a list of the documents to be produced by the party seeking recognition or enforcement of a judgment under the draft Convention.<sup>244</sup> In legal systems in which there is no special procedure for recognition (see *infra* para. 353), the party requesting recognition may have to produce those documents when he or she seeks to rely on the foreign judgment, for example by way of defence.<sup>245</sup>

347 Paragraph 1(a) requires production of a complete and certified copy of the judgment. A “judgment” includes, where applicable, the court reasoning and not only the final order (*dispositif*).<sup>246</sup> Paragraph 1(b) requires, if the judgment was given by default, the production of the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party. Conversely, if the judgment was not given by default, it is assumed that the defendant was notified unless he or she produces evidence to the contrary (see Art. 7(1)(a)). Paragraph 1(c) requires the production of any document necessary to prove that the judgment has effect or, where applicable, is enforceable in the State of origin. For judicial settlements, paragraph 1(d) requires the production of a certificate of a court of the State of origin that the settlement or a part of it is enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin (see *supra* paras 342-343). This certificate may be issued by a court other than the court involved in the settlement.<sup>247</sup>

348 The Hartley/Dogauchi Report clarifies two issues with regard to paragraph 1. First, the law of the requested State determines the consequences of the failure to produce the required documents. Secondly, excessive formalism should be avoided. If the judgment debtor was not prejudiced, the judgment creditor should be allowed to rectify omissions.<sup>248</sup>

349 Paragraph 2 provides that the court addressed may require the production of additional documents to verify whether the conditions of Chapter II of the draft Convention have been satisfied. This indicates that the list of documents contained in paragraph 1 is not exhaustive. Unnecessary burdens on the parties should, however, be avoided.

350 Paragraph 3 allows a person seeking recognition or enforcement of a judgment under the draft Convention to use a form recommended and published by the Hague Conference on Private International Law. The form, which may be issued by a court of the State of origin or by an officer

<sup>236</sup> Nygh/Pocar Report, para. 379; Hartley/Dogauchi Report, para. 207.

<sup>237</sup> For a different interpretation of the equivalent provision in the 2005 Choice of Court Convention, see Hartley/Dogauchi Report, para. 207. The *co-Rapporteurs* note that the interpretation provided in this draft Explanatory Report is consistent with the language of the provision in both instruments whereas the narrower interpretation in the Hartley/Dogauchi Report is not clearly reflected in the text of the 2005 Choice of Court Convention. The interpretation proposed in the draft Explanatory Report raises a substantive point that should be considered at the Diplomatic Session.

<sup>238</sup> This interpretation does not overlap with the 2018 UNCITRAL *Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation* or the Model Law of the same name. Both of those instruments expressly exclude mediated settlements that are either approved by courts or concluded in the course of court proceedings.

<sup>239</sup> This limitation to enforcement is an exception to the general principle that enforcement of a judgment presupposes that it can be recognised (see *supra* para. 111, in relation to Art. 4(3)).

<sup>240</sup> Hartley/Dogauchi Report, paras 208-209 (with an example).

<sup>241</sup> *Ibid.*, para 123. Note, however, that under the 1999 preliminary draft Convention, in order to be recognised, judgments must have the effect of *res judicata* in the State of origin (Art. 25(2)). This condition is not contained in this draft Convention.

<sup>242</sup> *Ibid.*, para. 209.

<sup>243</sup> *Id.*

<sup>244</sup> This provision is essentially similar to Art. 13 of the 2005 Choice of Court Convention and to Art. 29(1) of the 1999 preliminary draft Convention.

<sup>245</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 210, limits this requirement to circumstances where “the other party disputes the recognition of the judgment”. This, however, does not preclude third parties or local authorities (for example, a register) to request those documents.

<sup>246</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 211.

<sup>247</sup> The *co-Rapporteurs* would like to note that unlike para. 3, the certification mentioned in sub-para. (d) does not refer to an officer of the court. The reason for this distinction is not clear and this discrepancy should be brought to the attention of the Diplomatic Session.

<sup>248</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 211.

présenté en annexe au projet de Convention, mais il pourra être modifié lors d'une réunion de la Commission spéciale de la Conférence de La Haye de droit international privé. Ce formulaire n'est pas obligatoire. S'il est employé, le tribunal peut se fier aux informations qu'il contient en l'absence de contestation. Toutefois, ces informations ne sont pas irréfutables, même en l'absence de contestation : le tribunal requis peut trancher la question sur la base des éléments de preuve dont il dispose<sup>249</sup>.

351 Le paragraphe 4 concerne la langue des documents. Il dispose que si les documents mentionnés à l'article 13 ne sont pas rédigés dans une langue officielle de l'État requis, ils sont accompagnés d'une traduction certifiée dans une langue officielle, sauf si le droit de l'État requis en dispose autrement. Cet État peut, par conséquent, disposer qu'une traduction n'est pas nécessaire ou qu'une traduction non certifiée est suffisante.

352 La certification des actes juridiques étrangers (légalisation ou apostille) obéit aux règles de l'État requis, y compris aux conventions internationales qu'il a ratifiées.

#### Article 14 – Procédure

353 Le paragraphe premier dispose que la procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, et l'exécution du jugement sont régies par le droit de l'État requis sauf si le projet de Convention en dispose autrement. C'est donc la loi de l'État requis qui détermine si la reconnaissance est automatique ou si elle requiert une procédure particulière. Lorsque la loi de l'État requis n'exige pas de procédure particulière pour la reconnaissance d'un jugement étranger, un jugement est reconnu automatiquement, c'est-à-dire de plein droit, en vertu de l'article 4 du projet de Convention<sup>250</sup>.

354 S'agissant de l'exécution, l'article 14 opère une distinction entre l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution d'une part, et l'exécution d'autre part<sup>251</sup>. Les premiers termes renvoient à la procédure dite d'exequatur, c'est-à-dire la procédure particulière par laquelle l'autorité compétente de l'État requis confirme ou déclare que le jugement étranger est exécutoire sur son territoire. L'exécution renvoie à la procédure par laquelle les tribunaux (ou les autorités compétentes) de l'État requis s'assurent que le débiteur du jugement obéit au jugement étranger ; elle recouvre des mesures telles que la saisie, la confiscation, la saisie-arrêt, etc. L'exécution du jugement étranger présuppose l'exequatur ou un enregistrement aux fins d'exécution. Aux termes du paragraphe premier, ces deux types de procédure sont régis par le droit procédural interne de l'État requis.

355 **Délai de prescription.** La référence au droit de l'État requis qui figure au paragraphe premier recouvre le délai dans lequel l'exécution du jugement étranger peut être demandée<sup>252</sup>. Ainsi, même si le jugement demeure exécutoire en vertu du droit de l'État d'origine (voir art. 4(3)), le droit de l'État requis peut fixer un délai supplémentaire plus court pour son exécution. Si, par exemple, conformément au droit de l'État d'origine (État A), le jugement demeure

exécutoire pendant 15 ans alors que le droit de l'État requis (État B) fixe un délai plus court, ce dernier l'emporte. À l'expiration de ce délai, le jugement rendu dans l'État A ne sera plus exécutoire dans l'État B. Le droit de l'État requis détermine aussi le mode de calcul de ce délai<sup>253</sup>. Cependant, la référence au droit de l'État requis n'est pas une référence générale. Conformément à l'article 31(1) de la *Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités* (ci-après, la « Convention de Vienne de 1969 »), un traité doit être interprété « de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». Un élément essentiel pour garantir l'efficacité du projet de Convention est le principe de non-discrimination : les jugements rendus dans d'autres États, s'ils sont reconnus et exécutés, doivent être traités comme des jugements nationaux.

356 Le paragraphe premier dispose aussi que dans toutes les procédures couvertes par cette disposition, les tribunaux (ou les autorités compétentes) de l'État requis doivent agir avec célérité, ce qui signifie que le tribunal doit utiliser la procédure la plus rapide dont il dispose<sup>254</sup>. Les États devraient envisager des dispositions pour éviter des retards inutiles<sup>255</sup>.

357 **Demande de refus.** L'article 14 n'évoque que la procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution. Cependant, il n'interdit pas aux États de prévoir des demandes *de refus* de reconnaissance ou d'exécution. Ainsi, les États peuvent prévoir que le débiteur du jugement demande une déclaration de non-reconnaissance (ou de caractère non exécutoire) d'un jugement rendu dans un autre État au motif qu'il n'est pas susceptible d'être reconnu en vertu de l'article 5 ou pour un des motifs visés à l'article 7.

358 **Compétence pour la reconnaissance et l'exécution.** Le paragraphe 2 dispose que le tribunal de l'État requis ne peut pas refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement en vertu du projet de Convention au motif que la reconnaissance ou l'exécution devrait être demandée dans un autre État. Cette disposition évite qu'un tribunal oppose un refus au motif, par exemple, qu'il existe un autre for dans lequel la reconnaissance ou l'exécution du jugement est plus appropriée et commode.

359 En vertu du projet de Convention, le créancier du jugement peut demander la reconnaissance ou l'exécution du jugement dans n'importe quel État. Il peut avoir un intérêt légitime à demander l'exécution d'un jugement dans plusieurs États même si cela implique davantage de frais, par exemple dans les cas d'injonctions mondiales ou de jugements pécuniaires contre une partie qui possède des biens dans différents États mais dont aucun n'est suffisant pour exécuter le jugement tout entier.

360 Dans de nombreux systèmes juridiques, l'exécution ou l'exequatur ne requiert pas de critère de compétence, c'est-à-dire un lien particulier entre le débiteur du jugement et l'État requis, comme la présence de biens du débiteur dans cet État ou le fait qu'il n'y ait pas d'autre État plus approprié pour l'exécution. L'intérêt du créancier du jugement est suffisant. S'il demande la reconnaissance ou l'exécution dans un État précis, c'est qu'il pense qu'il y obtiendra une forme ou une autre de satisfaction. Ce n'est qu'ultérieurement

<sup>249</sup> *Ibid.*, para. 213.

<sup>250</sup> *Ibid.*, para. 215 ; Rapport Nygh/Pocar, para. 355.

<sup>251</sup> Notons toutefois que dans les autres dispositions du projet de Convention, le terme « exécution » est employé au sens d'exequatur ou d'enregistrement aux fins d'exécution (voir, par ex., art. 5 ou 7).

<sup>252</sup> Cette référence au droit de l'État requis couvre ses règles de droit international privé ; par conséquent, ce droit peut soumettre le délai de prescription à la loi de l'État d'origine.

<sup>253</sup> Théoriquement, le *dies a quo* peut être le moment auquel le jugement est devenu exécutoire dans l'État d'origine ou auquel il a été déclaré exécutoire dans l'État requis.

<sup>254</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 355 ; Rapport Hartley/Dogauchi, para. 216.

<sup>255</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 216.

of the court, is set out in an annex to the draft Convention, but may be changed by a meeting of the Special Commission of the Hague Conference on Private International Law. The form is not compulsory. If it is used, the court addressed may rely on information contained in the form in the absence of challenge. But even if there is no challenge, the information is not conclusive: the court addressed can decide the matter based on all the evidence before it.<sup>249</sup>

351 Paragraph 4 deals with the language of the documents referred to in Article 13. It provides that if the documents are not in an official language of the requested State, they must be accompanied by a certified translation into an official language, unless the requested State provides otherwise. This State may, therefore, provide that a translation is not necessary at all or that a non-certified translation is sufficient.

352 The certification of foreign legal documents (*i.e.*, legalisation or apostille) is governed by the rules of the requested State, including the international conventions ratified by that State.

#### Article 14 – Procedure

353 Paragraph 1 provides that the procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the requested State unless the draft Convention provides otherwise. Thus, the law of the requested State determines whether recognition is automatic or requires a special procedure. Where the law of the requested State does not require a special procedure for the recognition of a foreign judgment, a judgment will be recognised automatically, *i.e.*, by operation of law, based on Article 4 of the draft Convention.<sup>250</sup>

354 With regard to enforcement, Article 14 makes a distinction between, on the one hand, declaration of enforceability or registration for enforcement and, on the other hand, enforcement.<sup>251</sup> The first terms refer to the so-called *exequatur* proceedings, *i.e.*, the special proceedings by which the competent authority of the requested State confirms or declares that the foreign judgment is enforceable in that State. The second term refers to the legal procedure by which the courts (or competent authorities) of the requested State ensure that the judgment debtor obeys the foreign judgment. It includes measures such as seizure, confiscation, attachment etc. The enforcement of the foreign judgment presupposes a declaration of enforceability or a registration for enforcement. According to paragraph 1, both types of proceedings are governed by the domestic procedural law of the requested State.

355 **Statute of limitations.** The reference in paragraph 1 to the law of the requested State includes the statute of limitations for seeking enforcement of the foreign judgment.<sup>252</sup> Thus, even if the judgment remains enforceable under the law of the State of origin (see Art. 4(3)), the law of the requested State may nevertheless place an additional and shorter time limit on enforcement. For example, if according to the law of the State of origin (State A) the judg-

ment remains enforceable for 15 years but the law of the requested State (State B) establishes a shorter period, the latter will prevail. That is, once this latter period has expired, the judgment given in State A will no longer be enforceable in State B. The law of the requested State also determines the manner of calculating this period.<sup>253</sup> However, the reference to the law of the requested State is not a blanket reference. In accordance with Article 31(1) of the *Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties* (hereinafter, “Vienna Convention of 1969”), a treaty must be interpreted “in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”. An essential element to ensure the effectiveness of the draft Convention is the principle of non-discrimination: judgments given in other States, if they are recognised and enforced, are to be treated in the same manner as domestic judgments.

356 Paragraph 1 also provides that in all proceedings covered by this provision, the courts (or the competent authorities) of the requested State must act expeditiously. This means that the court must use the most expeditious procedure available to it.<sup>254</sup> States should consider provisions to avoid unnecessary delays.<sup>255</sup>

357 **Application for refusal.** Article 14 only refers to a procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement. However, it does not preclude States from providing for applications to *refuse* recognition or enforcement. Thus, States may provide for a judgment debtor to request a declaration of non-recognition (or non-enforceability) of a judgment given in another State on the basis that the judgment is not eligible for recognition under Article 5 or on one of the grounds referred to in Article 7.

358 **Jurisdiction for recognition and enforcement.** Paragraph 2 provides that the court of the requested State shall not refuse the recognition or enforcement of a judgment under the draft Convention on the ground that recognition or enforcement should be sought in another State. This prevents a court refusing on the basis that, for example, there is an alternative forum where recognition or enforcement of the judgment is more appropriate and convenient.

359 Under the draft Convention, the judgment creditor may seek recognition or enforcement of the judgment in any State. Even if it entails more costs, a judgment creditor may have a legitimate interest in seeking the enforcement of a judgment in more than one State, such as in cases of worldwide injunctions, or in cases of monetary judgments against a party with assets in different States but which are each alone insufficient to satisfy the judgment.

360 In many legal systems, enforcement or declaration of enforceability (*exequatur*) does not require a basis of jurisdiction, *i.e.*, a special connection between the judgment debtor and the requested State, such as the presence of the debtor’s assets in that State or that there is no more appropriate State for enforcement. The mere interest of the judgment creditor is sufficient. If they seek recognition or enforcement in a particular State, it is because they believe that they will obtain some kind of satisfaction in that State.

<sup>249</sup> *Ibid.*, para. 213.

<sup>250</sup> *Ibid.*, para. 215; Nygh/Pocar Report, para. 355.

<sup>251</sup> Note, however, that in other provisions of the draft Convention, the term “enforcement” is used with the meaning of “declaration of enforceability or registration for enforcement” (see, *e.g.*, Art. 5 or 7).

<sup>252</sup> This reference to the law of the requested State includes its private international law rules, and therefore this law may refer back to the statute of limitations of the law of the State of origin.

<sup>253</sup> In theory, the *dies a quo* may be the moment when the judgment became enforceable in the State of origin or when it was declared enforceable in the requested State.

<sup>254</sup> Nygh/Pocar Report, para. 355; Hartley/Dogauchi Report, para. 216.

<sup>255</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 216.

ment, dans le contexte de la procédure d'exécution, que la présence de biens dans l'État requis peut être pertinente.

361 Dans d'autres systèmes juridiques en revanche, l'exequatur d'un jugement étranger exige un critère de compétence, comme le domicile du débiteur du jugement ou la présence de biens lui appartenant dans l'État requis. En outre, dans certains de ces systèmes juridiques, le débiteur du jugement peut même contester l'exequatur en invoquant la doctrine du *forum non conveniens*, c'est-à-dire en arguant que la reconnaissance ou l'exécution doit être demandée dans un autre État, plus approprié et plus commode. Ces litiges peuvent retarder la procédure et devenir très pesants pour le créancier du jugement. Le paragraphe 2 s'adresse à ce groupe de systèmes juridiques et établit une exception au paragraphe premier. Bien que la procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution et l'exécution du jugement soient régies par la loi de l'État requis, les tribunaux de l'État requis ne peuvent pas refuser la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement en vertu du projet de Convention au motif qu'elles doivent être demandées ailleurs. Dans la pratique, cela évite que la doctrine du *forum non conveniens* soit invoquée pour refuser la reconnaissance ou l'exécution. Au paragraphe 2, le terme « exécution » comprend l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution.

#### Article 15 – Frais de procédure

362 L'article 15 règle la question de la sûreté qui peut être exigée pour garantir le paiement des frais de procédure, y compris la reconnaissance, l'exequatur, l'enregistrement aux fins d'exécution et l'exécution du jugement. Cette disposition représente un compromis, car certains États étaient favorables à une « règle d'absence de sûreté » tandis que d'autres préféraient laisser cette question au droit interne. La première approche est exprimée dans les deux premiers paragraphes, tandis que la seconde est exprimée au troisième paragraphe par un mécanisme de refus (« *opting out* »).

363 **Règle d'absence de sûreté.** Le premier paragraphe de l'article 15 reflète un point de vue traditionnel selon lequel on ne peut exiger de sûreté, de caution ou de dépôt du demandeur au seul motif qu'il est ressortissant d'un autre État ou qu'il réside dans un autre État<sup>256</sup>. Seules les exigences de paiement d'une sûreté exclusivement fondées sur ce motif sont interdites. Une exigence de sûreté est donc autorisée pour d'autres motifs, par exemple, parce que le créancier du jugement n'a aucun bien dans l'État requis. Cette clause s'applique aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales, et qu'elles soient ressortissantes d'un autre État contractant ou d'un État tiers (ou qu'elles aient leur résidence ou leur domicile dans un autre État contractant ou dans un État tiers).

364 Le deuxième paragraphe de l'article 15 est un corollaire de la règle d'absence de sûreté. Il protège le débiteur du jugement lorsque la reconnaissance ou l'exécution du jugement est refusée et qu'une condamnation aux frais et dépens est rendue contre le créancier du jugement. Aux termes du paragraphe 2, cette condamnation entre dans le champ d'application du projet de Convention et est exécutoire dans tout autre État contractant. Cette disposition exceptionnelle est nécessaire parce qu'en son absence, elle ne serait pas considérée comme un jugement aux fins du projet de Convention. En effet, en vertu de l'article 3(1)(b), seules les condamnations aux frais et dépens qui ont trait à une

*décision sur le fond susceptible d'être reconnue ou exécutée en vertu du projet de Convention* peuvent prétendre à l'exécution en vertu du projet de Convention. Une décision portant sur la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger n'est pas une « décision sur le fond » au sens de l'article 3(1)(b). Bien que l'exécution d'une condamnation aux frais et dépens soit autorisée en vertu de l'article 15(2), elle peut être refusée pour les motifs prévus à l'article 7 du projet de Convention<sup>257</sup>.

365 **Déclaration.** Enfin, le troisième paragraphe de cette disposition instaure un mécanisme de déclaration permettant de se soustraire (*opt out*) à la règle d'absence de sûreté. Un État contractant peut déclarer qu'il n'appliquera pas le paragraphe premier dans certains de ses tribunaux ou dans tous. Il est donc possible d'exclure l'application du paragraphe premier à certains tribunaux, par exemple, aux tribunaux fédéraux, mais pas aux tribunaux des états.

366 L'article 15 ne précise pas si et comment le principe de réciprocité s'appliquerait lorsqu'un État fait une déclaration en vertu du paragraphe 3. Si l'origine du jugement est prise pour référence (voir art. 19(3)), un jugement rendu par les tribunaux de l'État qui a fait la déclaration ou par les tribunaux désignés dans une telle déclaration ne bénéficiera pas de la règle d'absence de sûreté du paragraphe premier. En tout état de cause, le deuxième paragraphe de l'article 15 ne s'appliquera pas aux condamnations aux frais et dépens prononcées par un tribunal de l'État qui a fait la déclaration.

#### Article 16 – Reconnaissance ou exécution en application du droit national

367 L'article 16 régit le rapport entre le projet de Convention et le droit national. Aux termes de cette disposition et sous réserve de l'article 6, le projet de Convention ne fait pas obstacle à la reconnaissance ou à l'exécution d'un jugement en application du droit national. Cette disposition est fondée sur un principe de *favor recognitionis*. Si un jugement ne peut être reconnu ou exécuté en vertu du projet de Convention, par exemple parce qu'il ne répond pas aux critères de compétence visés à l'article 5, la partie intéressée peut encore demander la reconnaissance ou l'exécution en vertu du droit national. Autrement dit, le projet de Convention fixe une norme minimale pour la reconnaissance ou l'exécution mutuelles des jugements, mais les États peuvent aller plus loin.

368 Si un jugement n'est pas susceptible d'être reconnu ou exécuté en vertu du projet de Convention, le droit national de l'État requis détermine si une partie peut recourir au droit national « dans son ensemble » ou peut combiner des dispositions des deux systèmes. Il est donc possible que conformément au droit national, le créancier du jugement puisse bénéficier des critères de compétence prévus par le droit national s'ils sont plus généreux que ceux qui sont prévus à l'article 5 du projet de Convention tout en bénéficiant des motifs de refus énoncés dans le projet de Conven-

<sup>257</sup> Les co-Rapporteurs invitent à réfléchir sur le point suivant : l'art. 15(2) prévoit la circulation d'une condamnation aux dépens lorsqu'elle a été prononcée contre une partie qui était dispensée du versement d'une sûreté en vertu de l'art. 15(1). Dans les États contractants qui n'imposent pas de sûreté pour les frais et dépens exclusivement fondée sur la nationalité/le domicile/la résidence, il n'y a pas d'exemption du paiement de la sûreté en vertu de l'art. 15(1) ; de ce fait, les condamnations aux frais et dépens prononcées dans ces États ne circuleraient pas en vertu de l'art. 15(2). Ce résultat est contraire au principe d'absence de sûreté pour les frais et dépens exclusivement fondée sur la nationalité/le domicile/la résidence qui sous-tend l'art. 15(1).

<sup>256</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 356.

It is only later, in the context of execution, that the presence of assets in the requested State may become relevant.

361 Conversely, in other legal systems, the *exequatur* of a foreign judgment does require a basis of jurisdiction, such as the domicile of the judgment debtor or the presence of the judgment-debtor's assets in the requested State. Furthermore, in some of these legal systems, the judgment debtor may even oppose to the *exequatur* on the basis of the *forum non conveniens* doctrine, *i.e.*, arguing that the recognition or enforcement should be sought in another, more appropriate and convenient, State. Such disputes may delay the proceedings and become very cumbersome for the judgment creditor. Paragraph 2 is addressed to this group of legal systems and establishes an exception to paragraph 1. Although the procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the requested State, the courts of the requested State cannot refuse the recognition or enforcement of a judgment under the draft Convention on the ground that they should be sought in another State. In practice, this prevents reliance on the doctrine of *forum non conveniens* as a ground to refuse recognition or enforcement. In paragraph 2, the term "enforcement" includes a declaration of enforceability or registration for enforcement.

#### Article 15 – Costs of proceedings

362 Article 15 deals with what security may be required in order to guarantee payment of the costs of proceedings, including recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment. The provision reflects a compromise. Some States supported a "no-security rule". Others preferred to leave this question to national law. The first approach is reflected in the first and second paragraphs, while the second approach is reflected in the third paragraph by means of an opting-out mechanism.

363 **No-security rule.** The first paragraph of Article 15 mirrors a traditional view that no security, bond or deposit may be required from the applicant for the sole reason that he or she is a national of another State or has his or her residence or domicile in another State.<sup>256</sup> Only requirements for security based solely on that ground are prohibited. A requirement for security is therefore permissible on other grounds, *e.g.*, that the judgment creditor has no assets in the requested State. The clause applies to both natural and legal persons, and irrespective of whether they are a national of another Contracting State or of a third State (or whether they have their residence/domicile in another Contracting State or in a third State).

364 The second paragraph of Article 15 is a corollary to the "no-security rule". It protects the judgment debtor when recognition or enforcement of the judgment is refused and an order for payment of costs or expenses is issued against the judgment creditor. According to paragraph 2, such an order falls within the scope of application of the draft Convention and is enforceable in any other State. This exceptional provision is required because such a cost order would not otherwise be considered to be a judgment for the purposes of the draft Convention. Under Article 3(1)(b), only orders for payment of costs or expenses that relate to a

*decision on the merits which may be recognised or enforced under the draft Convention* are entitled to enforcement under the draft Convention. A decision on recognition or enforcement of a foreign judgment is not a "decision on the merits" in the sense of Article 3(1)(b). Although the enforcement of an order for payment of costs or expenses is authorised under Article 15(2), it may be refused on the grounds contained in Article 7 of the draft Convention.<sup>257</sup>

365 **Declaration.** Finally, the third paragraph of this provision lays down a declaration mechanism to opt-out from the no-security rule. A Contracting State may declare that it shall not apply paragraph 1 in some or all of its courts. Thus, it is possible to exclude the application of paragraph 1 to certain courts, *e.g.*, to federal courts but not state courts.

366 Article 15 does not clarify whether and how the reciprocity principle would apply when a State makes a declaration under paragraph 3. If the origin of the judgment is taken as a reference (see Art. 19(3)), a judgment given by the courts of the State that made the declaration, or by the specific courts designated in such a declaration, shall not benefit from the no-security rule in paragraph 1. In any case, the second paragraph shall not apply to orders for payment of costs given by a court of the State that made the declaration.

#### Article 16 – Recognition or enforcement under national law

367 Article 16 deals with how the draft Convention relates to national law. According to this provision, and subject to Article 6, the draft Convention does not prevent the recognition or enforcement of judgments under national law. This provision is based on a *favor recognitionis* principle. If a judgment may not be recognised or enforced under the draft Convention, because, *e.g.*, it is not eligible according to Article 5, a party may still seek recognition or enforcement under national law. In other words, the draft Convention sets out a minimum standard for mutual recognition or enforcement of judgments, but States may go further.

368 If a judgment is not eligible for recognition or enforcement under the draft Convention, the national law of the requested State determines whether a party may resort to national law "as a whole" or may combine provisions from both systems. Thus, it is possible that in accordance with national law, the judgment creditor may benefit from the jurisdictional filters laid down by national law, if they are more generous than those contained in Article 5 of the draft Convention, but benefit from the grounds for refusal

<sup>256</sup> Nygh/Pocar Report, para. 356.

<sup>257</sup> The *co-Rapporteurs* invite consideration of the following point: Art. 15(2) provides for circulation of a cost award where it was granted against a party who was exempted from security by virtue of Art. 15(1). In Contracting States that do not impose security for costs based solely on nationality/domicile/residence, there is no exemption from security by virtue of Art. 15(1), and thus costs orders granted in those States would not circulate under Art. 15(2). This result is inconsistent with the policy against the imposition of security for costs based solely on nationality/domicile/residence underlying Art. 15(1).

tion s'ils sont plus libéraux que ceux que prévoit le droit national<sup>258</sup>.

369 Toutefois, l'article 6 empêche d'invoquer le droit national pour accorder la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement qui enfreint un critère de compétence exclusive de cette disposition.

#### Article 17 – Disposition transitoire

370 L'article 17 organise l'application dans le temps du projet de Convention. Cette question est différente de celle de son entrée en vigueur (voir, *infra*, art. 29). Étant donné que le projet de Convention n'opérera qu'entre deux États contractants (voir, *supra*, art. 1(2)), l'article 17 présuppose que celui-ci est déjà en vigueur dans l'État d'origine et dans l'État requis. Cette disposition considère le moment auquel ces États doivent être Parties au projet de Convention pour qu'il s'applique entre eux.

371 Le projet de Convention n'a aucun effet rétroactif sur les instances introduites avant son entrée en vigueur. Il s'applique à la reconnaissance et à l'exécution de jugements si, au moment de l'introduction de l'instance dans l'État d'origine, il était en vigueur dans cet État et dans l'État requis. Le tribunal requis doit vérifier (i) la date d'introduction de l'instance dans l'État d'origine (voir, *supra*, para. 35) et (ii) que la Convention était en vigueur à cette date dans l'État d'origine et dans l'État requis. Cette solution apporte une sécurité juridique. Toutes les parties pourront déterminer, dès le début du litige, si le jugement futur circulera en vertu du projet de Convention et elles pourront donc préparer leur stratégie procédurale en conséquence.

#### Article 18 – Déclarations limitant la reconnaissance et l'exécution

372 **Introduction.** L'article 18 dispose qu'un État peut déclarer que ses tribunaux peuvent refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement rendu par un tribunal d'un autre État contractant lorsque les parties avaient leur résidence dans l'État requis et que les relations entre les parties, ainsi que tous les autres éléments pertinents du litige hormis le lieu du tribunal d'origine, étaient liés uniquement à l'État requis. Cette disposition est empruntée à la Convention Élection de for de 2005 (voir art. 20).

373 **Raisonnement.** L'article 18 régit les situations qui, du point de vue de l'État requis, sont purement internes. Il autorise un État contractant à s'exonérer de l'obligation de reconnaître ou d'exécuter un jugement en vertu du projet de Convention dans ces hypothèses. Traditionnellement, les instruments de La Haye ne s'appliquent qu'aux affaires internationales. Cependant, pour les besoins de la reconnaissance et de l'exécution, une affaire est toujours internationale si le jugement a été rendu par un tribunal dans un État qui n'est pas celui dans lequel la reconnaissance ou l'exécution est demandée. Il pourrait néanmoins arriver que le caractère international de l'affaire ait été fabriqué de toutes pièces par les parties. Certains critères de compétence énoncés à l'article 5 peuvent être satisfaits dans une situation purement interne, en particulier dans les situations basées sur la soumission ou sur le consentement exprès (voir art. 5(1)(c), (e), (f), (k), (l) ou (m)). Un jugement rendu dans ces hypothèses peut ordinairement circuler en vertu

<sup>258</sup> Dans certains systèmes par exemple, l'acte introductif d'instance doit avoir été notifié au défendeur dans les formes et les délais prescrits et une notification « de telle manière qu'il puisse organiser sa défense » n'est pas suffisante (voir art. 7(1)(a)(ii)).

du projet de Convention si le litige n'avait pas d'autre lien avec l'État d'origine. L'article 18 reconnaît que ce genre d'affaire n'est pas toujours authentiquement international et qu'après analyse appropriée des facteurs de rattachement du litige, celui-ci aurait dû être entendu dans l'État requis. Les États contractants peuvent faire une déclaration pour ces scénarios.

374 **Date à considérer.** La date à considérer pour déterminer si une situation est purement interne est la date de l'introduction de l'instance dans l'État d'origine. Ainsi, si l'État requis a fait la déclaration envisagée à l'article 18, le tribunal requis peut vérifier si, à la date de l'introduction de l'instance dans l'État d'origine, les parties résidaient dans l'État requis et si leurs relations ainsi que tous les autres éléments pertinents du litige étaient liés uniquement à l'État requis. Ce n'est que dans cette situation que le tribunal requis peut refuser la reconnaissance ou l'exécution du jugement en vertu de l'article 18.

375 **Exemple.** Les parties résident dans l'État X et tous les autres éléments pertinents sont liés uniquement à cet État. Une des parties introduit une instance devant un tribunal de l'État Y et le défendeur se défend sur le fond sans contester la compétence. Si le tribunal de l'État Y rend un jugement sur le fond, celui-ci circulera en vertu du projet de Convention (voir art. 5(1)(f)). Toutefois, si l'État X a fait la déclaration envisagée à l'article 18, il ne sera pas tenu de reconnaître ou d'exécuter ce jugement. Notons cependant que les autres États ne peuvent pas invoquer la déclaration faite par l'État X pour refuser la reconnaissance ou l'exécution du jugement.

#### Article 19 – Déclarations relatives à des matières particulières

376 **Introduction.** L'article 19 autorise les États contractants à étendre la liste des matières exclues du champ d'application du projet de Convention au-delà de celles qui sont énumérées à l'article 2(1) par une déclaration à cet effet. Il dispose que lorsqu'un État a un intérêt important à ne pas appliquer le projet de Convention à une matière particulière, il peut déclarer qu'il ne le fera pas.

377 **Raisonnement.** Cette disposition est destinée à faciliter la ratification du projet de Convention en « assouplissant » son champ d'application. Si ces dérogations n'étaient pas possibles, certains États pourraient ne pas être en mesure de devenir Parties au projet de Convention<sup>259</sup>. Il faut toutefois concilier ce principe avec les intérêts des autres États contractants et les objectifs fondamentaux du projet de Convention lui-même, à savoir, renforcer l'efficacité transfrontière des jugements en matière civile et commerciale. Pour y parvenir, l'article 19 prévoit certaines garanties.

378 **Garanties.** Premièrement, un État contractant ne devrait pas faire une déclaration sans motif important et la déclaration doit satisfaire au principe de proportionnalité, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être plus étendue que nécessaire. Conformément à ce principe, l'exclusion peut être définie en mentionnant une matière particulière telle que les « contrats portant sur des immeubles », les « contrats de consommation », les « contrats de travail », les « dommages à l'environnement » ou la « concurrence ». Cependant, elle peut aussi être délimitée par d'autres critères tels que (i) un lien particulier de la matière avec l'État requis, par exemple, les « contrats portant sur des immeubles situés

<sup>259</sup> Voir aussi le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 236.

set out by the draft Convention, if they are more liberal than those contained in national law.<sup>258</sup>

369 However, Article 6 prevents national law being invoked to grant recognition or enforcement of a judgment that infringes any exclusive basis of jurisdiction in that provision.

#### *Article 17 – Transitional provision*

370 Article 17 deals with the application in time of the draft Convention. This question is different from its entry into force (see *infra* Art. 29). Since the draft Convention will only operate between two Contracting States (see *supra* Art. 1(2)), Article 17 presupposes that the draft Convention already be in force in both the State of origin and the requested State. The provision considers which moment in time those States need to be a Party to the draft Convention for it to apply to a particular judgment.

371 The draft Convention has no retroactive effects on proceedings commenced prior to its entry into force. The draft Convention shall apply if, at the time the proceedings were instituted in the State of origin, it was in force in that State and in the requested State. The court addressed must verify (i) the date when the proceedings were instituted in the State of origin (see *supra* para. 35); and (ii) whether at that time the Convention was in force in *both* the State of origin *and* the requested State. This solution provides legal certainty. All parties will be able to determine, from the commencement of the dispute, whether the future judgment will circulate under the draft Convention and prepare their procedural strategies accordingly.

#### *Article 18 – Declarations limiting recognition and enforcement*

372 **Introduction.** Article 18 provides that a State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment given by a court of another Contracting State if the parties were resident in the requested State, and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the court of origin, were connected only with the requested State. This provision is from the 2005 Choice of Court Convention (see Art. 20).

373 **Rationale.** Article 18 deals with situations that are, from the point of view of the requested State, wholly domestic. It allows a Contracting State to relieve itself from the obligation to recognise or enforce a judgment under the draft Convention in these cases. Traditionally, Hague instruments have only applied in international cases. However, for the purposes of recognition and enforcement, a case is always international if the judgment was given by a court in a State other than that in which recognition or enforcement is sought. Yet there could be scenarios where the internationality of the case has been engineered by the parties. Some of the jurisdictional filters laid down by Article 5 may be met in a wholly domestic situation, in particular those based on submission or express consent (see Art. 5(1)(c), (e), (f), (k), (l), or (m)). A judgment given in the above cases may ordinarily circulate under the draft Convention

even if the dispute had no additional connections with the State of origin. Article 18 recognises that such a case may not be a true international case, and that, on a proper analysis of the connecting elements of the dispute, the dispute ought to have been heard in the requested State. Contracting States may make a declaration to address such scenarios.

374 **Relevant time.** The relevant time to determine whether a situation is wholly domestic is the time when the proceedings were instituted in the State of origin. Thus, if the requested State has made the declaration envisaged by Article 18, the court addressed must verify if, at the time when the proceedings were instituted in the State of origin, the parties were resident in the requested State, and their relationships and all other relevant elements were also connected only with the requested State. Only in such a case may the court addressed refuse the recognition or enforcement of the judgment under Article 18.

375 **Example.** The parties are resident in State X and all other relevant elements are connected only with that State. One of the parties brings proceedings before a court in State Y, and the defendant argues on the merits without contesting jurisdiction. If the court of State Y gives a judgment on the merits, that judgment will circulate under the draft Convention (see Art. 5(1)(f)). However, if State X has made the declaration envisaged by Article 18, it will not be required to recognise or enforce that judgment. Other States, however, may not invoke the declaration made by State X to refuse recognition or enforcement of the judgment.

#### *Article 19 – Declaration with respect to specific matters*

376 **Introduction.** Article 19 permits Contracting States to extend the list of matters excluded from the scope of the draft Convention beyond those enumerated in Article 2(1) by making a declaration to that effect. It provides that where a State has a strong interest in not applying the draft Convention to a specific matter, it may declare that it will not do so.

377 **Rationale.** This provision is to facilitate the ratification of the draft Convention by “relaxing” its scope of application. If such opt-outs were not possible, some States might not be able to become Parties to the draft Convention.<sup>259</sup> However, this policy must be balanced against the interests of the other Contracting States and the fundamental objectives of the draft Convention itself, *i.e.*, to enhance the cross-border effectiveness of judgments in civil and commercial matters. To achieve this balance, Article 19 contains certain safeguards.

378 **Safeguards.** First, a Contracting State should not make a declaration without compelling reasons and the declaration should meet the proportionality principle, *i.e.*, the scope of the declaration should not be broader than necessary. In accordance with this principle, the exclusion may be defined by a reference to a specific subject matter, *e.g.*, “contracts over immovable property”, “consumer contracts”, “labour contracts”, “environmental damage” or “antitrust”. But it may also be narrowed down by additional criteria, such as (i) a particular link of that subject matter with the requested State, *e.g.*, “contracts over immovable

<sup>258</sup> In some systems, for example, the defendant must be “duly served” with the documents instituting the proceedings and a notification “in such a way as to enable him to arrange for his defence” is not sufficient (see Art. 7(1)(a)(ii)).

<sup>259</sup> See also Hartley/Dogauchi Report, para. 236.

dans l'État requis » ou (ii) un type de mesure dans cette matière, comme les « injonctions dans le domaine du droit de la concurrence ». Cette règle est conforme au principe qui sous-tend cette disposition puisqu'elle garantit que la déclaration « n'est pas plus étendue que nécessaire »<sup>260</sup>.

379 Deuxièmement, la matière qui est exclue doit être clairement et précisément définie. Les parties et les autres États contractants pourront ainsi déterminer aisément l'étendue et la portée de la déclaration<sup>261</sup>. En vertu de l'article 32, une déclaration faite conformément à l'article 19 doit être notifiée au dépositaire (le ministère des Affaires étrangères du Royaume des Pays-Bas), qui informera les autres États. Dans un objectif de transparence, les déclarations seront également publiées sur le site web de la Conférence de La Haye de droit international privé.

380 Le projet de Convention n'exige pas de forme particulière pour les déclarations. Ainsi, par exemple, un État contractant peut faire une déclaration stipulant que le projet de Convention ne s'applique pas aux matières relevant de sa compétence exclusive et comportant une liste claire et précise de ces matières<sup>262</sup>.

381 **Absence de rétroactivité.** Une déclaration en vertu de l'article 19 faite à la date de l'entrée en vigueur de la Convention dans l'État requis prendra effet à la même date, alors qu'une déclaration faite *après* l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État requis prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire (voir art. 30(4)). Cette déclaration ne s'appliquera pas aux jugements rendus à l'issue d'instances déjà introduites devant le tribunal d'origine au moment de sa prise d'effet (voir art. 30(4)). Cette disposition apporte une sécurité juridique aux parties, car celles-ci pourront déterminer, au moment de l'introduction de l'instance, si le futur jugement sera affecté par cette déclaration.

382 **Réciprocité.** Le paragraphe 2 établit la réciprocité pour les déclarations faites en vertu de l'article 19(1). À l'égard de la matière exclue par une déclaration, le projet de Convention ne s'applique pas (i) dans l'État contractant ayant fait la déclaration, (ii) dans les autres États contractants lorsque la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu dans un État contractant ayant fait la déclaration est demandée. Toutefois, cela n'empêche pas la reconnaissance ou l'exécution du jugement en vertu du droit interne (voir art. 16).

383 **Examen des déclarations.** L'article 22 envisage que le fonctionnement des déclarations en vertu de l'article 19 peut être périodiquement examiné, soit lors de réunions à convoquer à cette fin par le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé, soit, à titre préparatoire, lors d'une réunion du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye de droit international privé.

[Article 20 – Déclarations relatives aux jugements concernant des gouvernements]

384 **[Introduction.]** Cette disposition, qui a été introduite lors de la Troisième réunion de la Commission spéciale<sup>263</sup>, autorise un État contractant à faire une déclaration excluant l'application du projet de Convention aux jugements issus d'une procédure à laquelle il était partie, même lorsque le jugement concerne une matière civile ou commerciale.

385 **Raisonnement.** Le projet de Convention n'exclut pas les jugements de son champ d'application du seul fait qu'un État était partie à la procédure (art. 2(4)). Plusieurs délégations éprouvaient des réticences à l'égard de l'inclusion de jugements impliquant des États parties dans le champ d'application du projet de Convention. Bien que le projet de Convention s'applique expressément en matière civile ou commerciale uniquement (art. 1(1)), certaines délégations craignent tout de même que cette limite puisse être difficile à appliquer à l'égard d'un État partie, en particulier sur la question de savoir si un État partie exerçait des prérogatives de puissance souveraine. Une autre crainte était que la protection des immunités à l'article 2(5) soit insuffisante pour protéger les intérêts des États. L'article 20 répond à ces préoccupations en autorisant les États contractants à faire une déclaration excluant l'application du projet de Convention aux jugements rendus à l'issue d'une procédure à laquelle ils étaient parties.

386 **Champ d'application – Parties.** Le paragraphe premier identifie les parties qui peuvent être couvertes par la déclaration. Conformément au paragraphe 1(a) et (b), ce sont l'État lui-même, une agence gouvernementale de cet État ou une personne agissant en leur nom<sup>264</sup>. Une personne désigne une personne physique ou une personne morale. Dans tous les cas, le paragraphe premier identifie les parties qui ont le pouvoir d'exercer la puissance souveraine, soit directement, soit par délégation, de façon générale ou dans un domaine particulier. À titre d'exemple, une entité chargée de faire respecter le droit de la concurrence ou le droit de la consommation relèverait du paragraphe premier, qu'elle soit intégrée dans la structure de l'État ou établie sous forme d'entité autonome et indépendante. Fondamentalement, une déclaration en vertu de l'article 20 ne peut être faite qu'en relation avec une partie dont les fonctions sont publiques par nature bien qu'elle puisse aussi exercer des activités commerciales. Les définitions sont générales pour saisir la diversité des structures étatiques et des définitions procédurales de la personnalité ou de la capacité juridique au sein des États contractants, mais la dernière phrase du paragraphe premier exige que la déclaration ne soit pas plus étendue que nécessaire et que l'exclusion du champ d'application y soit définie de façon claire et précise. Par conséquent, un État qui fait une déclaration en vertu de l'article 20 doit désigner les agences gouvernementales couvertes par sa déclaration et, le cas échéant, les personnes agissant en leur nom ou les circonstances dans lesquelles celles-ci seraient incluses.

387 **Champ d'application – Entreprise publique.** Le paragraphe 2 précise que la déclaration en vertu de l'article 20 ne peut s'étendre aux jugements issus de procédures auxquelles une entreprise publique est partie. Une entité qui exerce des activités commerciales à titre principal n'entrera

<sup>260</sup> Notons que le Rapport Hartley/Dogauchi, au para. 235, semble faire une interprétation différente de la disposition parallèle qui figure dans la Convention Élection de for de 2005. Toutefois, la pratique des États contractants est plus cohérente avec l'interprétation défendue dans ce Rapport (voir Déclaration de l'Union européenne, en vertu de l'art. 21 de la Convention Élection de for de 2005, du 11 juin 2015, disponible sur le site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse <www.hcch.net>, sous la rubrique « Espace Élection de for » puis « État présent »).

<sup>261</sup> Le Rapport Hartley/Dogauchi, à la note 274, souligne que si l'État contractant auteur de la déclaration le souhaite, il peut d'abord adresser le projet de déclaration au Secrétaire général de la Conférence de La Haye afin qu'il soit diffusé aux autres États contractants pour observations.

<sup>262</sup> Voir Aide-mémoire du Président de la Commission spéciale (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 13 au 17 novembre 2017)), para. 23.

<sup>263</sup> *Ibid.*, para. 29 à 31 ; Doc. trav. No 179, « Proposition de la délégation de la Fédération de Russie » et Doc. trav. No 186, « Proposition des délégations d'Israël et des États-Unis d'Amérique » (toutes les deux en anglais uniquement) (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 13 au 17 novembre 2017)).

<sup>264</sup> Ces descriptions sont conformes à la *Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens* (non en vigueur).



property situated in the requested State”; or (ii) a particular type of remedy in that subject matter, e.g., “injunctions in antitrust matters”. This is consistent with the policy underpinning this provision since it ensures that the declaration “is no broader than necessary”.<sup>260</sup>

379 Secondly, the specific matter excluded must be clearly and precisely defined. This ensures that the parties and other Contracting States are able to easily identify the scope and reach of the declaration.<sup>261</sup> Under Article 32, any declaration made under Article 19 must be notified to the depositary (the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands), which will inform the other States. The declarations will also be posted on the website of the Hague Conference on Private International Law to ensure transparency.

380 The draft Convention does not require any particular form for the declarations. Thus, for example, a Contracting State may make a declaration stating that the draft Convention does not apply to matters within its exclusive jurisdiction and including a clear and precise list of such matters.<sup>262</sup>

381 **Non-retroactivity.** A declaration under Article 19 made at the time the Convention comes into force in the requested State will take effect simultaneously. But a declaration made *after* the Convention comes into force for the requested State will take effect on the first day of the month following the expiration of the six months following the date on which the notification is received by the depositary (see Art. 30(4)). Such a declaration shall not apply to judgments resulting from proceedings that have already been instituted before the court of origin when the declaration takes effect (see Art. 30(4)). This ensures legal certainty as the parties will be able to determine, when the proceedings are instituted, whether or not the future judgment will be affected by this declaration.

382 **Reciprocity.** Paragraph 2 establishes reciprocity for declarations made under Article 19(1). With regard to the matter excluded by a declaration, the draft Convention shall not apply (i) in the Contracting State that made the declaration; (ii) in other Contracting States where recognition or enforcement of a judgment given in a Contracting State that made the declaration is sought. This, however, does not prevent the recognition or enforcement of the judgment under national law (see Art. 16).

383 **Review of declarations.** Article 22 envisages that the operation of declarations under Article 19 may be considered from time to time, either at review meetings to be convened by the Secretary General of the Hague Conference on Private International Law, or, as a preparatory step, at a meeting of the Council on General Affairs and Policy of the Hague Conference on Private International Law.

---

<sup>260</sup> Note that the Hartley/Dogauchi Report, at para. 235, seems to follow a different interpretation of the parallel provision in the 2005 Choice of Court Convention. The Contracting States’ practice, however, is more consistent with the interpretation argued in this Report (see Declaration of the European Union, under Art. 21 of the 2005 Choice of Court Convention, of 11 June 2015, available on the Hague Conference website at <www.hcch.net> under “Choice of Court Section” then “Status table”).

<sup>261</sup> The Hartley/Dogauchi Report, at note 274, points out that where the Contracting State making the declaration so wished, the declaration would first be sent in draft to the Secretary General of the Hague Conference for circulation to the other Contracting States for their comments.

<sup>262</sup> See *Aide memoire* of the Chair of the Special Commission (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2017)), para. 23.

[Article 20 – Declarations with respect to judgments pertaining to governments]

384 [**Introduction.** This provision was introduced in the Third Meeting of the Special Commission,<sup>263</sup> and it permits Contracting States to make a declaration excluding the application of the draft Convention to judgments which arose from proceedings to which such a State was a party, even where the judgment relates to civil or commercial matters.

385 **Rationale.** The draft Convention does not exclude judgments from its scope merely because a State was a party to the proceedings (Art. 2(4)). Several delegations were reluctant to include judgments involving State parties within the scope of the draft Convention. While the draft Convention expressly applies only to civil or commercial matters (Art. 1(1)), some delegations remain concerned that this limitation could be challenging to apply with regard to a State party, in particular with respect to whether a State party was exercising sovereign powers. A further concern was that the preservation of immunities in Article 2(5) is insufficient to protect State interests. Article 20 responds to these concerns by allowing Contracting States to make a declaration excluding the application of the draft Convention to judgments which arose from proceedings to which such a State was a party.

386 **Scope – Parties.** Paragraph 1 identifies the parties who can be included in the declaration. According to paragraph 1(a) and (b), these include the State itself, a government agency of that State, or a person acting on behalf of either.<sup>264</sup> The reference to a person includes a natural or a legal person. In all cases, paragraph 1 identifies parties who have the authority to exercise sovereign power, whether directly or in a delegated manner, generally or in a specific field. For example, an entity charged with the enforcement of competition or consumer law would fall within paragraph 1, regardless of whether it is integrated within the government structure or established as an autonomous and independent entity. In essence, an Article 20 declaration can only be made in relation to a party whose functions are of a public nature even though it may also engage in commercial activities. The definitions are broad to capture the diversity of government structures and procedural definitions of juridical personality or capacity among the Contracting States. But the last sentence of paragraph 1 requires that the declaration be no broader than necessary and that the exclusion from scope be clearly and precisely defined. As a result, a State making a declaration under Article 20 should identify which governmental agencies are covered by its declaration, and if relevant, which persons acting on their behalf are included, or the circumstances under which they would be included.

387 **Scope – Enterprise owned by a State.** Paragraph 2 specifies that the declaration under Article 20 shall not extend to judgments arising from proceedings to which an enterprise owned by a State is a party. An entity primarily engaged in commercial activities will not fall within the

---

<sup>263</sup> *Ibid.*, paras 29-31; Work. Doc. No 179, “Proposal of the delegation of the Russian Federation”, and Work. Doc. No 186, “Proposal of the delegations of Israel and the United States of America” (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2017)).

<sup>264</sup> These descriptions are consistent with the *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* (not in force).

pas dans le groupe des parties décrites au paragraphe premier du seul fait qu'elle est entièrement ou partiellement détenue par l'État.

388 Cependant, une entreprise publique, dans l'exercice de ses fonctions publiques distinctes, peut entrer dans le champ d'application du paragraphe premier en ce qui concerne ces fonctions<sup>265</sup>. Une déclaration en vertu de l'article 20 pourrait ainsi cibler une entreprise publique mais seulement en ce qui concerne ses fonctions publiques distinctes. La déclaration doit être spécifique et précise dans ces situations.

389 **Garanties.** La structure et la teneur de l'article 20 sont parallèles à celles de l'article 19. Comme à l'article 19 en effet, l'auteur de la déclaration doit veiller à ce que celle-ci ne soit pas plus étendue que nécessaire (voir, *supra*, para. 378) et à ce que l'exclusion du champ d'application soit définie de façon claire et précise (voir, *supra*, para. 379). La déclaration peut mentionner, par exemple, toute procédure civile ou commerciale ou seulement certaines catégories de procédures. La déclaration peut être circonscrite à certaines matières et des critères peuvent être ajoutés pour restreindre sa portée, par exemple, certaines agences gouvernementales, un lien particulier de la matière avec l'État requis ou certains types de mesures (voir, *supra*, para. 378). En tout état de cause, l'exclusion du champ d'application s'applique indépendamment du statut de l'État, qu'il soit créancier ou débiteur du jugement. En outre, l'application de l'article 20 n'est pas temporellement limitée aux hypothèses dans lesquelles l'État (tel que défini) était partie à la procédure à la date de l'introduction de l'instance dans l'État d'origine.

390 **Absence de rétroactivité.** Comme à l'article 19, une déclaration faite *après* l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État qui en est l'auteur prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire (voir, *infra*, art. 30(4)). Cette déclaration ne s'appliquera pas aux jugements rendus à l'issue d'instances déjà introduites contre l'État partie, ou auxquelles l'État partie a déjà été ajouté, devant le tribunal d'origine à la date de prise d'effet de la déclaration (voir, *infra*, art. 30(4)).

391 **Réciprocité.** Comme à l'article 19 également, le paragraphe 3 établit la réciprocité pour les déclarations en vertu de l'article 20(1). Lorsqu'une déclaration est faite en vertu de l'article 20, le projet de Convention ne s'applique pas aux jugements issus des procédures exclues, définies dans la déclaration : (i) ni dans l'État qui a fait la déclaration ; (ii) ni dans les autres États contractants, lorsque la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu dans un État contractant ayant fait la déclaration est demandée. En théorie, une déclaration en vertu de cette disposition n'empêche pas la reconnaissance ou l'exécution du jugement en vertu du droit interne (voir, *supra*, art. 16)<sup>266</sup>.

392 **Examen des déclarations.** L'article 22 envisage que le fonctionnement des déclarations en vertu de l'article 20 peut être périodiquement examiné.]

<sup>265</sup> Les co-Rapporteurs remarquent qu'il est difficile de concilier le texte de l'art. 20 avec cette interprétation. En effet, l'art. 20 mentionne des « parties » et non des fonctions ou des activités. Cependant, cette interprétation découle de la réunion de la Commission spéciale de mai 2018, aux termes de laquelle il « est entendu que la déclaration s'étendrait à une entreprise détenue par un État pour toute fonction publique qu'elle exerce, même si elle exerce principalement des activités commerciales et n'exerce que quelques activités pour le compte de l'État » (voir para. 32 du Rapport de séance No 2 de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 24 au 29 mai 2018)).

<sup>266</sup> Ainsi, par ex., dans les autres États contractants, la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement serait logique lorsque l'État qui a fait la déclaration est le débiteur du jugement.

## Article 21 – Interprétation uniforme

393 L'article 21 dispose qu'aux fins de l'interprétation du projet de Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application. Cette disposition impose aux tribunaux amenés à appliquer le projet de Convention de l'interpréter dans un esprit international afin de promouvoir l'uniformité de son application. Les décisions et écritures étrangères doivent être prises en compte lorsque c'est possible. Il faut également garder à l'esprit que des notions et principes axiomatiques dans un système juridique peuvent être inconnus ou rejetés dans un autre. Les objectifs du projet de Convention ne peuvent être réalisés que si tous les tribunaux appliquent celui-ci dans un esprit d'ouverture<sup>267</sup>.

394 Cet article doit être combiné avec l'article 22 (Examen du fonctionnement de la Convention) car ces deux articles ont pour objectif une application appropriée et uniforme du projet de Convention.

## Article 22 – Examen du fonctionnement de la Convention

395 L'article 22 charge le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé de prendre périodiquement des dispositions en vue d'examiner le fonctionnement pratique du projet de Convention, y compris toute déclaration faite en vertu de celui-ci, et d'étudier l'opportunité d'apporter des modifications. L'un des objectifs majeurs de ces réunions serait d'examiner le fonctionnement des déclarations en vertu des articles [4], 15, 18, 19[, 20, 24], 26 et 28 et de déterminer si toutes sont encore requises.

## Article 23 – Systèmes juridiques non unifiés

396 L'article 23 règle les difficultés pouvant résulter du fait que certains États sont composés de plusieurs unités territoriales, chacune ayant son propre système judiciaire ou juridique. Il peut s'agir d'États dont les unités territoriales ont des juridictions séparées et des procédures civiles distinctes (système judiciaire non unifié) de sorte que la référence aux « tribunaux de l'État X » soit n'a pas de sens, soit n'est pas assez précise ; il peut aussi s'agir d'États dont les unités territoriales ont des règles de droit matériel différentes (système juridique non unifié) de sorte que la référence au « droit de l'État X » soit n'a pas de sens, soit n'est pas assez précise ; certains États peuvent présenter une de ces caractéristiques « non unifiées » ou conjuguer les deux.

397 Cette situation se produit le plus souvent dans le cas des fédérations – telles que le Canada ou les États-Unis d'Amérique – mais elle peut aussi survenir dans d'autres États – tels que la Chine ou le Royaume-Uni. La question peut alors se poser de savoir si les références à un État dans le projet de Convention désignent l'État tout entier (« État » au sens international) ou une de ses unités territoriales.

398 **Règle d'interprétation.** L'article 23(1) dispose que, lorsque différents systèmes de droit ayant trait aux questions régies par le projet de Convention s'appliquent dans les unités territoriales, le projet de Convention doit être interprété comme s'appliquant soit à l'État au sens international, soit à l'unité territoriale considérée, selon ce qui est approprié. L'article 23(1) est un guide pour l'interprétation

<sup>267</sup> Cette clause est également présente dans la *Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire* (art. 13) et dans la *Convention Recouvrement des aliments de 2007* (art. 53).

parties described in paragraph 1 merely because it is wholly or partly owned by a State.

388 But an enterprise owned by the State that also performs some distinct public functions may fall within paragraph 1 in relation to those functions.<sup>265</sup> A declaration under Article 20 could thus target an enterprise owned by a State but only with respect to its distinct public functions. The declaration should be very specific and precise in such cases.

389 **Safeguards.** The structure and content of Article 20 is parallel to Article 19. As in Article 19, the State making such declaration shall ensure that the declaration is no broader than necessary (see *supra* para. 378) and that the exclusion from scope is clearly and precisely defined (see *supra* para. 379). For example, the declaration may refer to any proceedings, in civil or commercial matters or to only certain categories of proceedings. The declaration may be limited to certain subject matters and additional criteria may be specified to narrow down its scope, *e.g.*, certain government agencies, a particular link of the subject matter with the requested State or certain types of remedies (see *supra* para. 378). In any event, the exclusion from scope applies whether the State is the judgment creditor or the judgment debtor. Furthermore, the application of Article 20 is not temporally limited to cases where the State (as defined) was a party to the proceeding when they were instituted in the State of origin.

390 **Non-retroactivity.** As in Article 19, a declaration made *after* the Convention enters into force for the State making it will take effect on the first day of the month following the expiration of six months following the date on which the notification is received by the depositary (see *infra* Art. 30(4)). Such a declaration shall not apply to judgments resulting from proceedings that have already been instituted against the State party, or to which the State party has already been added, before the court of origin when the declaration takes effect (see *infra* Art. 30(4)).

391 **Reciprocity.** Also, as in Article 19, paragraph 3 establishes reciprocity for declarations made under Article 20(1). When a declaration is made under Article 20, the draft Convention shall not apply to judgments which arise from the excluded proceedings as specified in the declaration: (i) in the Contracting State that made the declaration; (ii) in other Contracting States, where recognition or enforcement of a judgment given in a Contracting State that made the declaration is sought. In theory, a declaration made under this provision does not prevent the recognition or enforcement of the judgment under national law (see *supra* Art. 16).<sup>266</sup>

392 **Review of declarations.** Article 22 envisages that the operation of declarations under Article 20 may be considered from time to time.]

---

<sup>265</sup> The *co-Rapporteurs* note that it is difficult to reconcile the text of Art. 20 with this interpretation. Indeed, Art. 20 refers to “parties” and not to functions or activities. However, this interpretation follows from the May 2018 Special Commission meeting, that a “common understanding that the declaration would extend to a State-owned enterprise in respect of any public functions it carried out, even if it mainly carried out commercial activities and only conducted some activities on behalf of the State” (see para. 32 of Minutes No 2 of the Fourth Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (24-29 May 2018)).

<sup>266</sup> Thus, for example, in other Contracting States recognition or enforcement of a judgment would make sense when the State making the declaration is the judgment debtor.

#### *Article 21 – Uniform interpretation*

393 Article 21 states that in the interpretation of the draft Convention regard must be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application. This provision requires courts applying the draft Convention to interpret it in an international spirit to promote uniformity of application. Where reasonably possible, foreign decisions and writings should be taken into account. It should also be kept in mind that concepts and principles that are axiomatic in one legal system may be unknown or rejected in another. The objectives of the draft Convention can be attained only if all courts apply it in an open-minded way.<sup>267</sup>

394 This Article has to be read jointly with Article 22 below (Review of operation of the Convention) because both Articles have the objective of a proper and uniform application of the draft Convention.

#### *Article 22 – Review of operation of the Convention*

395 Article 22 requires the Secretary General of the Hague Conference on Private International Law to make arrangements at regular intervals for the review of the operation of the draft Convention, including any declarations made under it, and for the consideration of the question whether any amendments to it are desirable. One of the major purposes of such review meetings would be to examine the operation of declarations under Articles [4], 15, 18, 19[, 20, 24], 26 and 28 and to consider whether each of them was still required.

#### *Article 23 – Non-unified legal systems*

396 Article 23 is concerned with potential difficulties that result from the fact that some States are composed of two or more territorial units, each with its own judicial or legal system. This may refer to States where individual territorial units have separate courts and civil procedure (non-unified judicial system) or distinct substantive law rules (non-unified legal system) such that the references to “courts of State X” or the “law of State X” are either meaningless or insufficiently precise. Some States may exhibit both of these “non-unified” characteristics.

397 This occurs most often in the case of federations – for example, Canada or the United States of America – but can also occur in other States as well – for example, China or the United Kingdom. In these cases, the question may arise whether references to a State in the draft Convention is to the State as a whole (“State” in the international sense) or whether it is to a particular territorial unit within that State.

398 **Interpretive rule.** Article 23(1) provides that where different systems of law apply in the territorial units with regard to any matter dealt with in the draft Convention, the draft Convention is to be construed as applying either to the State in the international sense or to the relevant territorial unit, whichever is appropriate. Article 23(1) serves as an

---

<sup>267</sup> This clause is also present in the *Hague Convention of 5 July 2006 on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary* (Art. 13) and the 2007 Child Support Convention (Art. 53).

des dispositions du projet de Convention qui nécessitent de déterminer un lieu géographique ou un territoire, il n'a pas d'implications pour le champ d'application du projet de Convention.

399 L'expression « le cas échéant » qui figure aux quatre alinéas de l'article 23(1) n'indique pas qu'un pouvoir d'appréciation est accordé au tribunal dans l'État requis. Elle renvoie au fait que la référence à l'unité territoriale plutôt qu'à celle de l'État contractant n'interviendra que lorsque cette référence est appropriée en raison du caractère non unifié de l'État contractant concerné dans les circonstances en question.

400 La règle d'interprétation de l'article 23(1) sera surtout pertinente dans l'application des critères de compétence énoncés aux articles 5 et 6, mais pas seulement. L'emploi de l'expression « le cas échéant » garantit que le recours à la règle d'interprétation se limite aux hypothèses dans lesquelles le caractère non unifié de l'État est pertinent.

**401 Exemple de résidence habituelle ou de succursale.** Le facteur de rattachement visé à l'article 5(1)(a) est la résidence habituelle dans l'État d'origine. Lorsque cet État est non unifié au sens de l'article 23, la condition de l'article 5(1)(a) ne sera remplie que si la résidence habituelle se trouve dans l'unité territoriale sur laquelle le tribunal d'origine exerce sa compétence ; une résidence habituelle située ailleurs dans l'État contractant ne remplira pas le critère indiqué à l'article 23(1)(b). Le résultat serait le même en ce qui concerne l'article 5(1)(d), qui mentionne le lieu d'une succursale dans l'État d'origine. Ainsi, par exemple, lorsque l'exécution d'un jugement rendu en Californie est demandée, il ne suffira pas de démontrer que le créancier de ce jugement résidait habituellement ou que sa succursale était située aux États-Unis (l'État contractant) ; seule la résidence ou la présence d'une succursale en Californie (l'unité territoriale ayant son propre système judiciaire)<sup>268</sup> remplirait le critère de l'article 5(1)(a) ou (d).

**402 Exemple de lieu d'exécution.** De même, du point de vue du critère de compétence applicable aux demandes en matière contractuelle prévu à l'article 5(1)(g), un jugement rendu dans une unité territoriale qui, quoique situé dans le même État, n'est pas celle dans laquelle l'obligation en question est née ne remplirait pas la condition indiquée à l'article 23(1)(d). Exemple : dans l'hypothèse où l'exécution d'un jugement rendu au Québec est demandée, l'invocation du critère de compétence prévu à l'article 5(1)(g) imposera de démontrer que l'obligation contractuelle en question a été exécutée au Québec (l'unité territoriale appropriée compte tenu de son système juridique distinct au sein du Canada)<sup>269</sup> et non dans une autre unité territoriale du Canada (l'État contractant).

**403 Exemple de consentement implicite.** Un exemple impliquant l'article 23(1)(a) est donné par le critère de compétence relatif au consentement implicite (art. 5(1)(f)), qui mentionne la contestation de la compétence dans le délai prévu par le droit de l'État d'origine. Là encore, si la pro-

cedure civile n'est pas unifiée dans un État contractant, il conviendrait de se reporter au droit procédural de l'unité territoriale puisque seul ce droit pourrait déterminer si le critère de compétence était satisfait.

**404 Exemple de situation d'un immeuble.** De même, pour les jugements portant sur des droits réels, dans un État caractérisé par un système juridique non unifié dans ses unités territoriales en ce qui concerne ces droits, il conviendrait d'interpréter la référence à la situation de l'immeuble dans l'État d'origine à l'article 6(b) comme une référence à l'unité territoriale dans laquelle l'immeuble était situé.

**405 Exemple en vertu de l'article 7 – procédures parallèles.** En vertu de l'article 7(2), la reconnaissance ou l'exécution peut être différée ou refusée si une procédure ayant le même objet est pendante entre les mêmes parties devant un tribunal de l'État requis. La règle d'interprétation énoncée à l'article 23(1)(c) justifie une lecture restrictive de cette disposition en limitant son application aux procédures parallèles devant un tribunal de l'unité territoriale, si c'est la conséquence appropriée du système judiciaire non unifié de l'État contractant. Sans l'article 23(1)(c), le tribunal d'une unité territoriale pourrait avoir la possibilité de refuser l'exécution d'un jugement en raison d'une procédure parallèle devant les tribunaux d'une unité territoriale différente de l'État contractant, alors qu'en principe, il n'en aurait pas la possibilité dans son droit interne. Cela renforce le principe général du projet de Convention qui veut que les jugements étrangers soient traités comme des jugements nationaux lorsque les critères pertinents pour la reconnaissance et l'exécution sont remplis.

**406 Reconnaissance entre unités territoriales.** L'article 23(2) précise qu'un État contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent n'est pas tenu d'appliquer le projet de Convention aux situations qui impliquent uniquement ces différentes unités territoriales.

407 Cette règle est conforme à l'article 2 du projet de Convention, qui définit le champ d'application en termes de reconnaissance et d'exécution dans un État contractant d'un jugement rendu dans un autre État contractant. Les obligations de reconnaissance et d'exécution en vertu du projet de Convention n'existent que pour les jugements étrangers, entendus au sens international.

**408 Reconnaissance entre unités territoriales.** L'article 23(3) dispose qu'une unité territoriale n'est pas tenue de reconnaître ou d'exécuter un jugement étranger reconnu ou exécuté dans une autre unité territoriale du même État contractant. Ainsi, un jugement français reconnu en vertu du projet de Convention au Québec, Canada, ne sera pas automatiquement reconnu ou exécuté en Ontario, Canada. C'est une conséquence naturelle du champ d'application du projet de Convention, défini à l'article 1(2), mais elle est explicitement traitée à l'article 23(3) afin d'éviter toute confusion.

**409 Organisation régionale d'intégration économique.** Enfin, l'article 23(4) dispose que les règles particulières qui s'appliquent aux systèmes juridiques non unifiés ne s'appliquent pas à une ORIE, qui obéit à des règles particulières, énoncées aux articles 27 et 28 (voir plus loin).

<sup>268</sup> Il faut admettre que cela ne serait strictement correct que si le jugement émanait d'un tribunal de l'état de Californie. Les États-Unis ont des systèmes judiciaires distincts au niveau des états et au niveau fédéral. Les jugements en matière civile ou commerciale peuvent émaner de ces deux catégories de juridictions, mais dans les affaires internationales la probabilité est plus grande qu'ils émanent de juridictions fédérales. Cela étant, même devant les juridictions fédérales, les liens de compétence renverront à des contacts avec l'état au sein duquel siège le tribunal fédéral.

<sup>269</sup> Il n'y a pas, au Canada, de droit matériel fédéral uniforme pour la plupart des matières civiles et commerciales ; par exemple, il n'y a pas de droit canadien des contrats, mais un droit des contrats pour chaque unité territoriale (province), qui peut différer, et diffère effectivement, des autres. D'autre part, le Canada est majoritairement non unifié en ce qui concerne son système judiciaire.

interpretive guide to those provisions of the draft Convention that require the identification of a geographical or territorial location. It has no implications on the scope of the draft Convention.

399 The words “where appropriate” in the four paragraphs of Article 23(1) do not indicate that any discretion on the issue is accorded to the court in the requested State. Rather it refers to the fact that the reference to the territorial unit rather than to the Contracting State will only occur where such a reference is appropriate because of the non-unified characteristic of the Contracting State that is relevant in the particular circumstances.

400 The interpretive rule in Article 23(1) will be mostly relevant in the application of the jurisdictional filters in Articles 5 and 6 but is not limited to those provisions. The use of the words “where appropriate” ensures that reliance on the interpretive rule is restricted to those situations where the non-unified characteristic of the State is relevant.

**401 Example of habitual residence or branch.** Article 5(1)(a) refers to habitual residence in the State of origin as a connecting factor. Where that State is non-unified in the sense of Article 23, the condition of Article 5(1)(a) will only be met if the habitual residence is within the territorial unit over which the court of origin exercises its jurisdiction; habitual residence anywhere else within the Contracting State will not satisfy the criterion, as indicated in Article 23(1)(b). The same result would follow in relation to Article 5(1)(d) that refers to the location of a branch in the State of origin. For example, where enforcement of a judgment from California is sought, it will not be sufficient to show that the judgment debtor was habitually resident, or that its branch was located, somewhere in the United States (the Contracting State); only residence or a branch in California (the appropriate territorial unit given its distinct judicial system)<sup>268</sup> would qualify under Article 5(1)(a) or (d).

**402 Example of place of performance.** Similarly, if reliance is placed on the filter in Article 5(1)(g) applicable to contractual claims, a judgment given in a territorial unit different from the unit in which the relevant contractual obligation took place but within the same State would not satisfy the condition, as indicated in Article 23(1)(d). For example, where enforcement of a judgment from Quebec is sought, reliance on the filter in Article 5(1)(g) will require the demonstration that the performance of the contractual obligation in question took place in Quebec (the appropriate territorial unit given its distinct legal system within Canada),<sup>269</sup> and not in some other territorial unit within Canada (the Contracting State).

**403 Example of implied consent.** An example involving Article 23(1)(a) is provided by the jurisdictional filter concerning implied consent (Art. 5(1)(f)) which refers to contesting jurisdiction within the timeframe provided by the law of the State or origin. Here again, if civil procedure is

non-unified in a Contracting State, it would be appropriate to refer to the procedural law of the territorial unit since only that law could determine whether the jurisdictional filter was satisfied.

**404 Example of situation of an immovable.** Similarly, for judgments dealing with rights *in rem*, in a State with a non-unified legal system across its territorial units in relation to such rights, it would be appropriate to interpret the reference to the situation of the immovable property in the State of origin in Article 6(b) as a reference to the relevant territorial unit where the immovable was located.

**405 Example under Article 7 – parallel proceedings.** Under Article 7(2), recognition or enforcement may be postponed or refused if proceedings between the same parties on the same subject matter are pending before a court of the requested State. The interpretive rule in Article 23(1)(c) justifies a restrictive reading of this provision by limiting its application to parallel proceedings before a court of the territorial unit, if this is the appropriate consequence of the non-unified judicial system of the Contracting State. Without Article 23(1)(c), it might be open to the court of a territorial unit to refuse to enforce a judgment because of parallel proceedings before the courts of a different territorial unit within the Contracting State, even though this would not normally be an option available within its domestic law. This in turn reinforces the general principle of the draft Convention that foreign judgments be treated in the same manner as domestic judgments when the relevant criteria for recognition and enforcement are met.

**406 Recognition between territorial units.** Article 23(2) specifies that a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law are applied is not bound to apply the draft Convention to situations involving solely such different territorial units.

407 This is consistent with Article 2 of the draft Convention that defines the scope of the draft Convention in terms of recognition and enforcement in one Contracting State of judgments rendered in another Contracting State. The recognition and enforcement obligations under the draft Convention only arise with respect to foreign judgments, understood in the international sense.

**408 Recognition across territorial units.** Article 23(3) states that there is no obligation of recognition or enforcement in one territorial unit flowing from the recognition or enforcement of a foreign judgment in another territorial unit of the same Contracting State. Thus, for example, a French judgment recognised under the draft Convention in Quebec, Canada need not be automatically recognised or enforced in Ontario, Canada. This is a natural consequence of the scope of the draft Convention, as defined in Article 1(2), but it is explicitly addressed in Article 23(3) to avoid confusion.

**409 Regional Economic Integration Organisation.** Finally, Article 23(4) indicates that these special rules applying to non-unified legal systems do not apply to a REIO, which is instead governed by its own rules in Articles 27 and 28 (see below).

<sup>268</sup> Admittedly this would only be strictly correct if the judgment came from a California state court. The United States has separate judicial systems for state and federal courts. Judgments in civil and commercial matters can arise from either but are more likely to arise from federal courts in international cases. Still, even before the federal courts, jurisdictional connections will refer to contacts with the particular state within which the federal court is sitting.

<sup>269</sup> There is no uniform federal substantive law in Canada on most civil and commercial matters; for example, there is no Canadian law of contract, but only contract law for each individual territorial unit (province), which can, and do, differ. Canada is also mostly non-unified in terms of its judicial system.

**410 Introduction.** Le rapport entre le projet de Convention et d'autres instruments internationaux est une des questions les plus difficiles traitées par le projet de Convention<sup>271</sup>. Le point de départ doit être les règles normales de droit international public, dont on considère généralement qu'elles sont exprimées à l'article 30 de la Convention de Vienne de 1969. L'article 30(2) de cet instrument dispose que lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité (peu importe qu'il soit antérieur ou postérieur), les dispositions de ce dernier l'emportent à moins que les parties n'en conviennent expressément autrement. L'article 24 du projet de Convention prévoit quatre hypothèses (para. 2 à 5 de l'art. 24) dans lesquelles un autre traité ou instrument international l'emporte, y compris la question particulière des conflits entre le projet de Convention et les règles d'une ORIE partie à celle-ci. Le projet de Convention comprend du texte entre crochets qui représente les différentes options qui ont été envisagées pour régler ces questions.

**411** Le problème du conflit d'instruments ne se pose que lorsque deux conditions sont remplies. Premièrement, il doit y avoir une incompatibilité réelle entre les deux instruments. Autrement dit, l'application des deux instruments doit produire des résultats différents dans une situation concrète. Dans le cas contraire, les deux instruments peuvent être appliqués. Dans certains cas, l'interprétation peut permettre d'éliminer une incompatibilité apparente ; le problème est alors résolu. L'article 24(1) illustre cette approche.

**412** La seconde condition est que l'État du tribunal requis doit être Partie aux deux instruments. S'il n'est Partie qu'à un seul instrument, ses tribunaux appliqueront simplement celui-ci. L'article 24 s'adresse donc aux États qui sont Parties au projet de Convention et à un autre instrument international juridiquement contraignant qui entre en conflit avec lui.

**413 Convention de Vienne sur le droit des traités.** Les articles 30 et 41 de la Convention de Vienne de 1969 codifient les règles du droit international public en ce qui concerne les traités portant sur une même matière<sup>272</sup>. Les règles de l'article 24 du projet de Convention doivent être lues dans ce contexte. Le projet de Convention ne peut l'emporter sur d'autres instruments au-delà de ce qu'autorise le droit international. Cependant, le droit international permet effectivement qu'un traité dispose qu'un autre traité l'emportera. L'objet de l'article 24 est donc de disposer que dans les cas indiqués, l'autre instrument l'emportera sur le projet de Convention, dans la mesure où il y a conflit. Lorsqu'aucune de ces règles de priorité ne s'applique, le projet de Convention produit ses effets dans la plus grande mesure autorisée par le droit international.

<sup>270</sup> Dans d'autres Conventions de La Haye, les dispositions de ce type renvoient aux « instruments internationaux » ou aux « traités » ou emploient les deux expressions. Voir, par ex., la Convention Élection de for de 2005 (art. 26), la Convention Recouvrement des aliments de 2007 (art. 51), la Convention Protection des adultes de 2000 (art. 49). Dans tous les cas, la référence est censée renvoyer aux accords juridiquement contraignants en vertu du droit international. (Les co-Rapporteurs souhaitent attirer l'attention sur le fait que ce n'est pas cohérent dans le projet de Convention car le para. premier ne mentionne pas le terme « autres instruments internationaux ».)

<sup>271</sup> Pour une analyse complète, voir A. Schulz, « La relation entre le projet sur les jugements et d'autres instruments internationaux », Doc. prélim. No 24 de décembre 2003 à l'intention de la Commission spéciale de décembre 2003, in *Actes et documents de la Vingtième session (2005)*, tome III, *Élection de for* (op. cit. note 3). Voir aussi la discussion sur le droit international coutumier pour les États contractants à la Convention qui ne sont pas Parties à la Convention de Vienne de 1969 (para. 36 et s.).

<sup>272</sup> La notion de « même matière » renvoie à l'ensemble du traité et non à un de ses articles. Elle doit être interprétée strictement et, dans ce cas, peut donner la priorité à un traité antérieur plus précis plutôt qu'à un traité plus récent et plus général. Voir A. Schulz, *ibid.*, para. 8 à 14.

**414 Interprétation.** Le premier paragraphe de l'article 24 contient une règle d'interprétation. Il dispose que le projet de Convention doit être interprété de façon qu'il soit, autant que possible, compatible avec d'autres traités en vigueur pour les États contractants. Cette règle s'applique aussi bien si l'autre instrument a été conclu avant le projet de Convention que s'il a été conclu après. Ainsi, lorsqu'une disposition du projet de Convention peut raisonnablement recevoir deux interprétations, il y a lieu de préférer la plus compatible avec l'autre instrument. Toutefois, cela ne veut pas dire qu'il faut « forcer » l'interprétation pour parvenir à la compatibilité.

**415 Compatibilité avec des instruments antérieurs.** Lorsque deux instruments ne sont pas compatibles dans leur application à une situation concrète, l'article 24(2) permet que l'instrument antérieur l'emporte. L'article 24(2) n'impose pas que l'instrument antérieur ait été en vigueur avant l'entrée en vigueur du projet de Convention pour l'État contractant en question, mais seulement qu'il ait été conclu. Bien entendu, si le traité antérieur n'est pas en vigueur, il ne peut y avoir d'incompatibilité. Cette spécificité de l'article 24(2) évite toute incertitude temporelle. [En outre, l'article 24(2) souligne que cette règle de primauté, qui déroge à la règle générale voulant que les traités ultérieurs l'emportent sur les traités antérieurs, ne s'applique qu'entre les États qui sont Parties à l'instrument antérieur.]

**416 Exemple.** Ce premier exemple propose trois variantes pour mieux illustrer le fonctionnement souhaité de l'article 24(2). Les éléments suivants sont communs à toutes les variantes : supposons l'existence d'un traité sur l'exécution des accords de médiation conclu avant l'entrée en vigueur du projet de Convention. Supposons en outre qu'un jugement est présenté pour exécution en vertu du projet de Convention et que le débiteur du jugement s'y oppose au motif qu'il est en conflit avec un accord issu de la médiation entre les mêmes parties.

**417 Version 1 :** L'État d'origine et l'État requis sont des États contractants au traité sur les accords issus de la médiation et au projet de Convention. Le jugement est exécutoire en vertu du projet de Convention et l'accord issu de la médiation est exécutoire en vertu de l'autre traité. C'est une situation qui ne pose pas de difficulté et, conformément à l'article 24(2), l'autre traité doit l'emporter et le jugement ne doit pas être exécuté en vertu du projet de Convention.

**418 Version 2 :** L'État d'origine et l'État requis sont des États contractants au projet de Convention. Un troisième État, qui est celui de la résidence d'une des parties à l'accord issu de la médiation et au litige, est également un État contractant au projet de Convention. Cependant, ce troisième État et l'État requis sont liés par le traité sur les accords issus de la médiation, qui est applicable en raison de la résidence, dans ces deux États, des parties à l'accord issu de la médiation. En supposant que le jugement rendu dans l'État d'origine soit exécutoire en vertu du projet de Convention, l'État requis peut-il refuser de l'exécuter parce que le traité avec le troisième État l'emporte en vertu de l'article 24(2) ? En partant du principe que les trois États se doivent des obligations les uns aux autres en vertu du projet de Convention, il serait difficile d'arguer que le traité sur les accords issus de la médiation pourrait l'emporter sur le projet de Convention dans ce scénario. Ce résultat affecterait indûment les intérêts de l'État d'origine en vertu du projet de Convention, qui lie également les deux autres États, malgré leur accord bilatéral distinct. [Les mots « entre les Parties à cet instrument » visent à refléter ce résultat.]

**410 Introduction.** The relationship between the draft Convention and other international instruments is one of the most difficult questions dealt with in the draft Convention.<sup>271</sup> The starting point must be the normal rules of public international law, which are generally regarded as being reflected in Article 30 of the Vienna Convention of 1969. Article 30(2) of the Vienna Convention provides that where a treaty states that it is subject to another treaty (whether earlier or later), that other treaty will prevail, unless the parties expressly provide otherwise. Article 24 of this draft Convention specifies four cases (paras 2 to 5 of Art. 24) in which another treaty or international instrument will prevail over it, including the particular question of conflicts between the draft Convention and the rules of a REIO that is a Party to the draft Convention. The draft includes square bracketed text that reflects different options that have been discussed for addressing these issues.

**411** The problem of conflicting instruments arises only if two conditions are fulfilled. First, there must be an actual incompatibility between the two instruments. In other words, the application of the two instruments must lead to different results in a concrete situation. Where this is not the case, both instruments can be applied. In some cases, an apparent incompatibility may be eliminated through interpretation. Where this is possible, the problem is solved. Article 24(1) reflects this approach.

**412** The second condition is that the State of the court addressed must be a Party to both instruments. If that State is a Party to only one, the courts in it will simply apply that one. Article 24 is, therefore, addressed to States that are Parties to both the draft Convention and to another legally binding international instrument that conflicts with it.

**413 Vienna Convention on the Law of Treaties.** Articles 30 and 41 of the Vienna Convention of 1969 codify the rules of public international law with regard to treaties relating to the same subject matter.<sup>272</sup> The rules in Article 24 of the draft Convention must be read against this background. The draft Convention cannot make itself override other instruments to a greater extent than that permitted by international law. However, international law does permit a treaty to provide that another treaty will prevail over it. The purpose of Article 24, therefore, is to provide that, in the cases specified, the draft Convention will give way to the other instrument, insofar as the two conflict. Where none of these “give-way” rules applies, the draft Convention has effect to the fullest extent permitted by international law.

---

<sup>270</sup> In other Hague Conventions, provisions of this type refer to “international instruments” or “treaties”, or use both expressions. See, e.g., 2005 Choice of Court Convention (Art. 26), 2007 Child Support Convention (Art. 51), 2000 Protection of Adults Convention (Art. 49). In all cases, the reference is intended to refer to agreements that are legally binding under international law. (The *co-Rapporteurs* wish to draw attention that this is not consistent in the draft Convention, as para. 1 does not mention the term “other international instruments”.)

<sup>271</sup> For a full discussion, see A. Schulz, “The Relationship between the Judgments Project and other International Instruments”, Prel. Doc. No 24 of December 2003 for the attention of the Special Commission of December 2003, in *Proceedings of the Twentieth Session (2005)*, Tome III, *Choice of Court* (op. cit. note 3). See also the discussion of customary international law for Contracting States to the Convention who are not party to the Vienna Convention of 1969 (at paras 36 et seq.).

<sup>272</sup> The notion of “same subject-matter” is intended to refer to the treaty as a whole and not any individual article within the treaty. It is to be interpreted narrowly and, in such a case, can give precedence to an older treaty that is more specific rather than to a more recent treaty that is more general. See A. Schulz, *ibid.* at paras 8-14.

**414 Interpretation.** The first paragraph of Article 24 contains a rule of interpretation. It provides that the draft Convention must be interpreted, as far as possible, to be compatible with other instruments in force for Contracting States. This applies irrespective of whether the other instrument was concluded before or after the draft Convention. Thus, where a provision in the draft Convention is reasonably capable of two meanings, the meaning that is most compatible with the other instrument should be preferred. This does not, however, mean that a strained interpretation should be adopted in order to achieve compatibility.

**415 Compatibility with earlier instruments.** Where two instruments are not compatible in their application to a concrete situation, Article 24(2) allows for the *earlier* instrument to prevail. Article 24(2) does not require the earlier instrument to have been in force prior to the entry into force of this draft Convention for the Contracting State in question, but merely to have been concluded. Of course, if the earlier treaty is not yet in force, no possible incompatibility may arise. This specificity in Article 24(2) avoids any uncertainty in the timing element. [Moreover, Article 24(2) underscores that this rule of precedence, which is an exception to the general rule that later treaties prevail over earlier ones, only applies as between States that are parties to the earlier instrument.]

**416 Example.** This first example will have three variations to best illustrate how Article 24(2) is intended to function. The following elements are common to all of the variations. Assume the existence of a treaty on the enforcement of mediated settlements, concluded prior to the entry into force of the draft Convention. Assume further that a court judgment is presented for enforcement under the draft Convention and that the judgment debtor objects on the grounds that it conflicts with a mediated settlement between the same parties.

**417 Version 1:** The State of origin and the requested State are Contracting States of the treaty on mediated settlements and the draft Convention. The judgment is enforceable under the draft Convention and the mediated settlement is enforceable under the other treaty. This is a straightforward situation and according to Article 24(2), the other treaty should prevail and the judgment should not be enforced under the draft Convention.

**418 Version 2:** The State of origin and the requested State are Contracting States of the draft Convention. A third State, which is the State of residence of one of the parties to the mediated settlement and the litigation, is also a Contracting State of the draft Convention. However, this third State and the requested State are bound by the treaty on mediated settlements, which is applicable because of the residency in those two States of the parties to the mediated settlement. Assuming that the judgment from the State of origin is enforceable under the draft Convention, can the requested State refuse to enforce it on the basis that the treaty with the third State takes precedence under Article 24(2)? On the understanding that all three States owe each other obligations under the draft Convention, it would be difficult to argue that the treaty on mediated settlements could take precedence over the draft Convention in this scenario. Such a result would unduly affect the interests of the State of origin under the draft Convention, which is equally binding on the other two States, despite their distinct bilateral agreement. [The inclusion of the words “as between Parties to that instrument” is intended to reflect this result.]

419 Version 3 : Ce scénario est identique au précédent si ce n'est que le troisième État n'est pas un État contractant au projet de Convention. Dans ce cas, ce troisième État n'a pas d'obligations internationales à l'égard de l'État d'origine. En outre, si l'État requis exécute le jugement en vertu du projet de Convention, cela affectera concrètement les intérêts du troisième État en vertu de l'autre traité, puisqu'un de ses résidents perdra le bénéfice d'un accord issu de la médiation par ailleurs exécutoire, que l'État requis est tenu par le traité d'exécuter. Par conséquent, dans cette version, l'article 24(2) pourrait être invoqué pour donner la priorité à l'autre traité et justifier un refus d'exécuter le jugement dans l'État requis.

**420 Rapport avec la Convention Élection de for de 2005.** Étant donné que la Convention Élection de for de 2005 a été conclue en 2005 et qu'elle implique la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers, il est utile de la mentionner pour ce qui concerne spécifiquement l'article 24(2). En général, il n'y a pas de tension ni d'incohérence entre la Convention Élection de for de 2005 et le projet de Convention, car aucun de ces deux instruments ne restreint ni ne limite la reconnaissance et l'exécution des jugements en vertu du droit interne<sup>273</sup>, y compris en vertu d'autres traités.

**421 Exemples.** On peut ici faire utilement référence à l'exemple précédent, en commençant par la version 1, où il n'y a que deux États, tous deux liés par le projet de Convention et la Convention Élection de for de 2005. Lorsque, par exemple, le jugement a été rendu par le tribunal choisi par les parties en vertu d'un accord exclusif d'élection de for et que l'État d'origine était aussi celui de la résidence habituelle de la personne contre laquelle la reconnaissance et l'exécution sont demandées, il ne devrait y avoir, en principe, aucune tension entre les deux instruments. Dans la plupart des systèmes, la partie qui sollicite la reconnaissance et l'exécution peut invoquer l'un ou l'autre instrument, ou les deux. Un motif de refus peut exister en vertu d'un instrument et pas de l'autre, ce qui serait le cas si les motifs de refus en vertu du projet de Convention divergent très sensiblement des motifs de refus en vertu de l'article 9 de la Convention Élection de for de 2005. Il en résulterait que l'État requis devrait quand même reconnaître et exécuter le jugement en vertu de l'instrument qui ne permet pas le refus – cela parce que les motifs de refus en vertu des deux instruments sont des motifs autorisés et non des motifs obligatoires. Il n'y a donc pas d'obligation de refuser la reconnaissance ou l'exécution en vertu de l'instrument qui autorise le refus. S'il y a une obligation de reconnaissance et d'exécution en vertu de la Convention Élection de for de 2005 – ou du droit interne – elle s'appliquera et il n'y aura pas de contradiction avec le projet de Convention.

422 La procédure pourrait être plus favorable en vertu d'un instrument que de l'autre. Le demandeur qui sollicite la reconnaissance et l'exécution serait alors en droit d'utiliser la procédure la plus favorable pour la reconnaissance et l'exécution.

423 Un autre exemple pourrait concerner deux jugements, l'un rendu par le tribunal choisi en vertu d'un accord exclusif d'élection de for, l'autre par un autre tribunal, qui a rendu un jugement conforme à l'un des fondements de la reconnaissance et de l'exécution visés à l'article 5 du projet de Convention. Ces deux jugements seraient susceptibles d'être reconnus et exécutés dans un troisième État contractant en vertu des deux instruments. Dans cette hypothèse,

<sup>273</sup> La seule limite à l'exécution en vertu du droit interne dans le projet de Convention renvoie aux matières visées à l'art. 6, mais ces matières sont exclues du champ d'application de la Convention Élection de for de 2005, ce qui évite tout risque d'incohérence sur ce point.

l'article 7(1)(d) du projet de Convention s'appliquerait, et la priorité serait donnée au jugement rendu par le tribunal choisi par les parties. Le tribunal requis serait alors tenu de reconnaître et d'exécuter le jugement du tribunal choisi sauf si l'autre jugement est antérieur, auquel cas la reconnaissance ou l'exécution pourrait être refusée en vertu de l'article 9(g) de la Convention Élection de for de 2005. Le tribunal requis n'est pas tenu d'exécuter l'autre jugement, qu'il soit ou non antérieur, en vertu de l'article 7(1)(d) du projet de Convention. Lorsque le jugement du tribunal non choisi par les parties est le premier jugement qui a été rendu, le tribunal requis n'est tenu d'exécuter ni l'un ni l'autre<sup>274</sup>.

424 Les réponses seraient similaires, même dans des situations telles que celles des versions 2 et 3 de l'exemple donné plus haut. Concernant la version 2 mais avec la Convention Élection de for de 2005 comme « autre instrument », les trois États concernés sont soumis au projet de Convention mais seul l'État requis et le troisième État sont soumis à la Convention Élection de for de 2005. Supposons que le tribunal de l'État d'origine, qui n'est pas Partie à la Convention Élection de for de 2005, ait entendu l'affaire sur le fondement d'un des critères de compétence énoncés à l'article 5 du projet de Convention mais en dépit de l'existence d'un accord d'élection de for désignant les tribunaux du troisième État. L'État requis peut-il refuser d'exécuter le jugement ? Oui : ce motif de refus est autorisé en vertu de l'article 7(1)(d) du projet de Convention. Il n'est donc même pas nécessaire de se référer à l'article 24, car il n'y a pas d'incohérence entre les deux instruments.

425 Concernant la version 3, le scénario serait que seuls l'État d'origine et l'État requis sont Parties du projet de Convention tandis que l'État requis et le troisième État sont liés par la Convention Élection de for de 2005. Le résultat est le même que dans les versions précédentes en raison du motif possible de refus à l'article 7(1)(d), qui renvoie expressément aux accords d'élection de for. Un État contractant au projet de Convention n'enfreindra donc jamais ses obligations internationales vis-à-vis des autres États contractants s'il refuse d'exécuter un jugement sur la base de l'article 7(1)(d), qui lui permet de respecter ses obligations en vertu de la Convention Élection de for de 2005. Il n'y a pas d'incohérence entre les deux Conventions qui imposeraient de recourir à la règle de priorité de l'article 24(2).

**426 Compatibilité avec des instruments postérieurs.** L'article 24(3) règle la situation dans laquelle un État contractant signe un traité portant sur la reconnaissance et l'exécution des jugements avec un autre État contractant, après l'entrée en vigueur du projet de Convention pour ces États. Dans cette hypothèse, et contrairement à l'article 24(2), ce traité *postérieur* peut l'emporter sur le projet de Convention. L'exigence générale d'incompatibilité entre les deux instruments demeure. [Cette règle de priorité pour les instruments ultérieurs est sans effet sur les obligations dues, en vertu de l'article 6 du projet de Convention, aux États contractants qui ne sont pas Parties à l'instrument postérieur. Elle garantit ainsi la protection des critères de compétence exclusive énumérés à l'article 6 pour tous les États contractants.]

**427 Exemples.** Supposons que les États A et B soient tous deux des États contractants au projet de Convention. Ils concluent ultérieurement un traité bilatéral sur l'exécution des jugements. Ce traité prévoit, entre autres, la reconnaissance et l'exécution des jugements portant sur des demandes concernant des droits réels sur des immeubles si-

<sup>274</sup> Le projet de Convention doit encore déterminer si la question doit être laissée au droit interne du tribunal requis.



419 Version 3: This scenario is identical to the previous one except that the third State is not a Contracting State to the draft Convention. In such a case, that third State has no international obligations towards the State of origin. Moreover, if the requested State enforces the judgment under the draft Convention, this will concretely affect the interests of the third State under the other treaty, since one of its residents will lose the benefit of an otherwise enforceable mediated settlement which the requested State is bound by treaty to enforce. Under this version, therefore, Article 24(2) could be invoked to give precedence to the other treaty, and justify a refusal to enforce the judgment in the requested State.

**420 Relationship with the 2005 Choice of Court Convention.** Since the 2005 Choice of Court Convention was concluded in 2005, and involves recognition and enforcement of foreign judgments, it is useful to mention it specifically in relation to Article 24(2). In general, there are no tensions or inconsistencies between the 2005 Choice of Court Convention and the draft Convention, as neither instrument restricts or limits recognition and enforcement of judgments under national law,<sup>273</sup> including under other treaties.

**421 Examples.** Reference to the previous example is of assistance. Turning first to version 1, where there are only two States, both of which are bound by the draft Convention and the 2005 Choice of Court Convention. Where, for example, the judgment was rendered by the chosen court under an exclusive choice of court agreement and the State of origin was also the habitual residence of the person against whom recognition and enforcement is sought, there should, in principle, be no tension between the two instruments. In most systems, the party seeking recognition and enforcement can rely on either instrument, or on both instruments, in the alternative. There may be a ground for refusal under one instrument that does not exist under the other. This would be the case if the grounds for refusal under the draft Convention diverge significantly from the grounds for refusal under Article 9 of the 2005 Choice of Court Convention. The result would be that the State addressed must still recognise and enforce the judgment under the instrument that does not permit refusal. This is because the grounds for refusal under both instruments are permitted grounds for refusal, not mandated grounds for refusal. There is therefore no requirement to refuse recognition or enforcement under the instrument that permits refusal. If there is an obligation to recognise and enforce under the 2005 Choice of Court Convention – or national law – then they will apply and there will be no inconsistency with the draft Convention.

422 The procedure under one instrument could be more favourable than the procedure under the other instrument. The applicant seeking recognition and enforcement would then be entitled to use the more favourable process for recognition and enforcement.

423 A further example might involve two judgments: one by the chosen court under an exclusive choice of court agreement and the other by another court, which rendered a judgment falling within one of the bases for recognition and enforcement under Article 5 of the draft Convention. Both judgments might have a claim for recognition and enforcement in a third Contracting State under the two instruments. In such circumstances, Article 7(1)(d) of the

draft Convention would apply, giving priority to the judgment rendered by the chosen court. The court addressed is then required to recognise and enforce the judgment of the chosen court unless the other judgment was given first, in which case recognition or enforcement could be refused under Article 9(g) of the 2005 Choice of Court Convention. The court addressed is not required to enforce the other judgment, whether or not it was the earlier judgment, under Article 7(1)(d) of the draft Convention. Where the judgment of the non-chosen court was the earlier judgment, the court addressed is not compelled to enforce either judgment.<sup>274</sup>

424 The answers would be similar even in situations such as those in versions 2 and 3 of the example given above. Returning to version 2 but using the 2005 Choice of Court Convention as the “other instrument”, all three States involved are subject to the draft Convention but only the requested State and the third State are subject to the 2005 Choice of Court Convention. Assume that the court in the State of origin, which is not a party to the 2005 Choice of Court Convention, heard the case on a jurisdictional basis listed in Article 5 of the draft Convention but did so despite the presence of choice-of-court agreement designating the courts of the third State. Can the requested State refuse to enforce the judgment? Yes: such a ground for refusal is permitted under Article 7(1)(d) of the draft Convention. It is therefore not even necessary to refer to Article 24 as there is no inconsistency between the two instruments.

425 Regarding version 3, the scenario would be that only the State of origin and the requested State are Parties of the draft Convention while the requested State and the third State are bound by the 2005 Choice of Court Convention. The result remains the same as in the previous versions because of the permissive ground for refusal in Article 7(1)(d) that expressly refers to choice of court agreements. A Contracting State to the draft Convention will therefore never be in violation of its international obligations to other Contracting States if it refuses to enforce a judgment on the basis of Article 7(1)(d), which allows it to respect its obligations under the 2005 Choice of Court Convention. There is no inconsistency between the two Conventions which would need to rely on the precedence rule of Article 24(2).

**426 Compatibility with later instruments.** Article 24(3) provides for the situation where a Contracting State enters into a treaty dealing with the recognition and enforcement of judgments with another Contracting State, *after* this Convention comes into force for those States. In such a case, and unlike under Article 24(2), this *later* treaty may prevail over the draft Convention. The general requirement of incompatibility between the two instruments continues to apply. [This rule of priority for later instruments does not affect the obligations under Article 6 of the draft Convention owed to Contracting States that are not parties to the later instrument. This ensures the protection of the exclusive jurisdictional bases listed in Article 6 for all Contracting States.]

**427 Examples.** Assume that States A and B are both Contracting States to the draft Convention. They later conclude a bilateral treaty on enforcement of judgments. This treaty provides for, among other things, recognition and enforcement of judgments on claims involving rights *in rem* relat-

<sup>273</sup> The only limitation to enforcement under national law in the draft Convention refers to matters in Art. 6, but these matters are excluded from the scope of the 2005 Choice of Court Convention, thereby avoiding any risk of inconsistencies on that point.

<sup>274</sup> Whether it should be left to the national law of the court addressed remains to be addressed in the draft Convention.

tués dans l'un ou l'autre État. Il dispose que ces jugements peuvent émaner soit des tribunaux de l'État où se situe l'immeuble, soit des tribunaux de l'État de la résidence habituelle du défendeur. En vertu du projet de Convention, le jugement postérieur *ne* pourrait *pas* être reconnu, même en vertu du droit interne, du fait de l'article 6(a), car il y aurait un conflit avec le traité bilatéral postérieur. Dans ce cas, le dernier traité peut l'emporter en vertu de l'article 24(3) et justifier l'exécution du jugement en vertu de ce traité.

428 Supposons que les États A, B et C soient tous des États contractants au projet de Convention. Les États B et C concluent par la suite un traité bilatéral prévoyant l'exécution réciproque des jugements portant sur des baux immobiliers à long terme même si l'immeuble est situé dans un État tiers, si le locataire et le propriétaire résident habituellement dans l'État B ou dans l'État C. Un tribunal de l'État B rend un jugement portant sur un immeuble situé dans l'État A, dont le propriétaire et le locataire résident respectivement dans l'État C et dans l'État B. En vertu du droit de l'État A, les tribunaux de l'État A ont compétence exclusive dans ces matières. L'exécution du jugement est demandée dans l'État C. En vertu du projet de Convention, ce jugement ne peut pas être exécuté parce qu'il ne satisfait pas à la règle de compétence de l'article 6 (c), et l'article 16 du projet de Convention ne peut pas être invoqué non plus pour autoriser l'exécution en vertu du droit interne, car il est soumis à l'article 6. Cependant, à supposer que le jugement soit exécutoire en vertu du traité bilatéral, une incohérence serait présente, qui ferait entrer en jeu l'article 24(3). Le traité ultérieur l'emporte-t-il ? Comme on l'a vu dans la version 2 de l'exemple donné pour l'article 24(2), le traité bilatéral ne doit pas l'emporter sur ces faits, même si c'est un traité ultérieur portant sur la reconnaissance des jugements qui peut l'emporter aux termes de l'article 24(3). En effet, étant donné que les trois États concernés sont des États contractants au projet de Convention, ce résultat enfreindrait les obligations internationales que les États B et C doivent à l'État A en vertu du projet de Convention. Les États B et C ne peuvent refuser le bénéfice du projet de Convention à l'État A par leur accord bilatéral. [Cette conséquence est explicitée par la dernière phrase de l'article 24(3).]

429 **Organisation régionale d'intégration économique.** L'article 24(4) envisage la situation dans laquelle une ORIE devient Partie au projet de Convention. Dans ce cas, il est possible que les règles (la législation) adoptées par l'ORIE entrent en conflit avec le projet de Convention. L'article 24(4) comprend une règle de priorité qui s'applique dans une telle situation, que la règle de l'ORIE soit adoptée avant ou après le projet de Convention. Le principe sous-jacent est que lorsqu'une affaire est purement « régionale », l'instrument régional l'emporte sur le projet de Convention. À ce titre, cette disposition ne serait pas applicable dans les situations comme celles qui sont décrites dans les exemples donnés précédemment pour l'article 24(2) et (3) si le jugement concerné émanait d'un État non membre de l'ORIE.

430 [Autres instruments internationaux. L'article 24(5) autorise les États contractants à déclarer que d'autres instruments internationaux, qui n'ont pas nécessairement le statut de traités en droit international mais sont néanmoins considérés comme contraignants pour l'État contractant en question, l'emporteront sur le projet de Convention.]

#### *Article 25 – Signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion*

431 Cette disposition concerne la manière dont un État peut devenir Partie au projet de Convention. Elle prévoit deux modalités, soit (i) la signature suivie de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation (para. 1 et 2), soit (ii) l'adhésion (para. 3). Le seul fait de signer le projet de Convention oblige l'État à s'abstenir d'actes qui iraient à l'encontre de l'objet et du but du projet de Convention (voir art. 18 de la Convention de Vienne de 1969). Le dépôt de l'instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion constitue un acte international par lequel un État est lié par le projet de Convention (voir art. 2(1)(b) de la Convention de Vienne de 1969).

432 Quelle que soit la méthode adoptée par un État, le résultat est le même<sup>275</sup>. En outre, les deux méthodes sont ouvertes aussi bien aux États membres qu'aux États non membres de la Conférence de La Haye de droit international privé. D'autre part, la disposition n'opère pas de distinction entre les États qui ont participé à la Session diplomatique au cours de laquelle le texte a été adopté et les autres. Les États sont libres de choisir la méthode qui leur convient le mieux pour devenir Parties, ce qui facilite l'adhésion de nombreux États au projet de Convention.

433 Les instruments sont déposés auprès du ministère des Affaires étrangères du Royaume des Pays-Bas. Le dépositaire notifie ensuite à ceux qui sont indiqués à l'article 32 les signatures, les ratifications, les acceptations, les approbations ou les adhésions en vertu de cet article. L'article 29 régit l'entrée en vigueur de la Convention, tant au plan international que pour un État contractant en particulier.

#### *Article 26 – Déclarations relatives aux systèmes juridiques non unifiés*

434 Le projet de Convention mentionne les « systèmes juridiques non unifiés » dans deux dispositions, les articles 23 et 26. Le premier détermine comment le projet de Convention doit être interprété dans ces hypothèses (voir, *supra*, para. 396 à 400), tandis que le second envisage un mécanisme de déclaration pour étendre l'application du projet de Convention à toutes les unités territoriales d'un État ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles.

435 **Systèmes juridiques non unifiés.** L'article 26, comme l'article 23, vise les États ayant deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent dans les matières régies par le projet de Convention. Étant donné que le projet de Convention traite de questions procédurales (reconnaissance et exécution des jugements), cette définition vise en fait les États constitués d'une ou de plusieurs unités territoriales ayant leur propre système judiciaire<sup>276</sup>. C'est le cas dans les États fédéraux, tels le Canada ou les États-Unis d'Amérique, mais aussi dans d'autres États, tels la Chine ou le Royaume-Uni. Toutefois, les ORIE ne sont pas couvertes par cet article (voir para. 4 de cet art.).

436 **Déclaration.** L'article 26(1) permet aux États de déclarer que le projet de Convention s'applique à toutes leurs unités territoriales ou seulement à l'une ou plusieurs d'entre elles. Ces déclarations peuvent être faites au moment de

<sup>275</sup> Le Rapport Hartley/Dogauchi, au para. 311, souligne que dans d'autres Conventions de La Haye, un État adhérent est dans une position moins favorable qu'un État ratifiant, car l'adhésion à ces Conventions est soumise à l'agrément des États qui sont déjà Parties. Ce n'est le cas ni pour la Convention Élection de for de 2005 ni pour ce projet de Convention.

<sup>276</sup> Voir le Rapport Hartley/Dogauchi, para. 258.

ed to immovable property situated in either State. The treaty provides that such judgments can originate either from courts in the State where the immovable is situated or in the State of the defendant's habitual residence. Under the draft Convention, the latter judgment could *not* be recognised, even under national law, as a result of Article 6(a). This would produce a conflict with the later bilateral treaty. In such a case, the later treaty may prevail under Article 24(3), and justify enforcement of the judgment under that treaty.

428 Assume that States A, B and C are all Contracting States to the draft Convention. States B and C subsequently conclude a bilateral treaty according to which judgments on long-term tenancies in immovable property are mutually enforced even if the immovable property is situated in a third State, as long as the tenant and the owner are habitually resident in either State B or State C. A court in State B renders such a judgment relating to an immovable in State A, owned by a resident of C and leased to a resident of B. Under the law of State A, the courts of State A have exclusive jurisdiction in such matters. The judgment is brought for enforcement in State C. Under the draft Convention, this judgment cannot be enforced because it does not satisfy the jurisdictional rule in Article 6(c). Nor can Article 16 of the draft Convention be invoked to allow enforcement under national law because Article 16 is made subject to Article 6. However, assuming that the judgment would be enforceable under the bilateral treaty, an inconsistency would arise, bringing Article 24(3) into play. Does the later treaty prevail? As was discussed in relation to version 2 of the example given for Article 24(2), the bilateral treaty should not be given precedence on these facts, even though it is a later treaty dealing with enforcement of judgments which Article 24(3) allows to prevail. Indeed, because all three States involved are Contracting States to the draft Convention, such a result would constitute a breach of the international obligations that States B and C owe to State A under the draft Convention. States B and C cannot deny the benefits of the draft Convention to State A by their bilateral agreement. [This consequence is made explicit by the last sentence in Article 24(3).]

429 **Regional Economic Integration Organisation.** Article 24(4) deals with the situation where a REIO becomes a Party to the draft Convention. If this occurs, it is possible that the rules (legislation) adopted by the REIO might conflict with the draft Convention. Article 24(4) contains a priority rule that applies in such a situation, irrespective of whether the rule of the REIO is adopted before or after the Convention. The underlying principle is that where a case is purely "regional", the draft Convention gives way to the regional instrument. As such, this provision would not be applicable in situations such as those described in the examples given previously for Article 24(2) and (3) should the judgment involved be given from a State outside the REIO.

430 **[Other international instruments.** Article 24(5) allows Contracting States to declare that other international instruments, which may not have the status of treaties under international law, but that nevertheless are considered legally binding in the Contracting State in question, will have precedence over the draft Convention.]

#### *Article 25 – Signature, ratification, acceptance, approval or accession*

431 This provision is concerned with the ways in which a State may become a Party to the draft Convention. It provides two methods, either (i) by signature followed by ratification, acceptance or approval (paras 1 and 2), or (ii) alternatively by accession (para. 3). The mere signing of the Convention obliges the State to refrain from acts which would defeat the object and purpose of the draft Convention (see Art. 18 of the Vienna Convention of 1969). The deposit of the instrument of ratification, acceptance, approval or accession constitutes, in each case, an international act whereby a State is bound by the draft Convention (see Art. 2(1)(b) of the Vienna Convention of 1969).

432 Whatever method is adopted by a State, the result is the same.<sup>275</sup> Furthermore, both methods are equally available to Member States and non-Member States of the Hague Conference on Private International Law. Also, the provision makes no distinction between States that participated at the Diplomatic Session at which the text was adopted and those that did not. States are free to choose which method is most convenient for them to become a Party, which facilitates widespread adherence to the Convention.

433 The relevant instruments are deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands. The depositary then notifies those indicated in Article 32 of any signature, ratification, acceptance, approval or accession under this Article. The entry into force of the Convention, both on an international level and for a specific Contracting State, is governed by Article 29.

#### *Article 26 – Declarations with respect to non-unified legal systems*

434 The draft Convention deals with "non-unified legal systems" in two different provisions, Articles 23 and 26. The former determines how the draft Convention must be construed and interpreted in those cases (see *supra* paras 396-400). The latter envisages a declaration mechanism to extend the application of the draft Convention to all the territorial units or only one or more of them.

435 **Non-unified legal systems.** Article 26, like Article 23, refers to States that have two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to matters dealt with in this draft Convention. Since the draft Convention deals with procedural matters (recognition and enforcement of judgments), such a definition really means States that are composed of two or more territorial units, each with its own judicial system.<sup>276</sup> This is the case for federal States, *e.g.*, Canada or the United States of America, but it may occur in others States as well, *e.g.*, China or the United Kingdom. REIOS, however, are not covered by this Article (see para. 4 of this Art.).

436 **Declaration.** Article 26(1) permits States to declare that the draft Convention shall extend to all their territorial units or only to one or more of them. This declaration may

<sup>275</sup> The Hartley/Dogauchi Report, at para. 311, points out that in other Hague Conventions, an acceding State is in a less favourable position than a ratifying State, since accession to those Conventions is subject to the agreement of the States that are already parties. This is not the case either with the 2005 Choice of Court Convention or with this draft Convention.

<sup>276</sup> See Hartley/Dogauchi Report, para. 258.

la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion ; elles peuvent être également modifiées à tout moment par une nouvelle déclaration. Ces déclarations sont notifiées au depositaire et indiquent expressément l'unité territoriale ou les unités territoriales auxquelles le projet de Convention s'applique. L'entrée en vigueur et la date d'application du projet de Convention dans ces situations sont traitées à l'article 29 (voir, *infra*, para. 446).

437 Si un État auquel cet article s'applique ne fait aucune déclaration, le projet de Convention s'applique à toutes ses unités territoriales (voir para. 3 de cet art.).

438 Enfin, le paragraphe 4 établit que cette disposition ne s'applique pas à une ORIE. L'article 26 ne s'applique qu'aux États (au sens international) et aux unités territoriales *au sein d'un État* dans lesquelles s'appliquent différents systèmes de droit. À l'inverse, les ORIE sont constituées de deux ou plusieurs États souverains et sont traitées dans les deux articles suivants.

#### Article 27 – Organisations régionales d'intégration économique

439 Les articles 27 et 28 autorisent les ORIE à devenir Parties au projet de Convention. Une ORIE, qui est constituée exclusivement d'États souverains, peut signer, accepter, approuver le projet de Convention ou y adhérer (l'absence du verbe *ratifier* est intentionnelle, car seuls des États ratifient une Convention), mais seulement dans la mesure où elle est compétente sur les matières couvertes par le projet de Convention<sup>277</sup>. Les ORIE ne constituent pas des systèmes juridiques non unifiés au sens du projet de Convention ; il est donc nécessaire de prévoir une disposition qui les autorise à devenir Parties à celui-ci.

440 Le projet de Convention envisage deux possibilités, celle dans laquelle l'ORIE et ses États membres deviennent Parties (art. 27), et celle dans laquelle seule l'ORIE devient Partie (art. 28).

441 L'article 27 concerne la première possibilité, celle dans laquelle l'ORIE et ses États membres deviennent Parties au projet de Convention. Cette situation peut se produire lorsqu'ils exercent une compétence externe simultanée sur la matière régie par le projet de Convention (compétence conjointe) ou si certaines matières relèvent de la compétence externe de l'ORIE et d'autres de celle des États membres (ce qui aboutirait à une compétence mixte ou partagée pour le projet de Convention dans son ensemble).

442 Étant donné l'importance de cette question, les ORIE doivent notifier par écrit au depositaire les matières régies par le projet de Convention pour lesquelles leurs États membres leur ont transféré leur compétence. La notification doit être faite au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion. En outre, les ORIE doivent notifier *aussitôt* par écrit au depositaire toute modification intervenue dans la délégation de compétence précisée dans la notification la plus récente (art. 27(2)).

443 Lorsque le nombre d'États a une incidence sur l'entrée en vigueur du projet de Convention, le paragraphe 3 dispose qu'un instrument déposé par une ORIE n'est pas comp-

té, à moins que l'ORIE déclare, en vertu de l'article 28(1), que ses États membres ne seront pas Parties au projet de Convention.

444 **Sens du terme « État ».** Une ORIE contractante a, dans les limites de sa compétence, les mêmes droits et obligations qu'un État contractant. Ainsi, le paragraphe 4 dispose que lorsqu'une ORIE devient Partie au projet de Convention, soit en vertu de l'article 27, soit en vertu de l'article 28, toute référence à un « État contractant » ou à un « État » s'applique également, le cas échéant, à l'ORIE. Cette disposition est parallèle à l'article 23(1). Ses effets ont déjà été analysés (voir, *supra*, para. 398 à 400). Il convient toutefois de souligner que l'article 24(4) est une *lex specialis* par rapport aux articles 27 et 28 dans la mesure où l'application des instruments juridiques d'une ORIE est concernée. Lorsque le projet de Convention ne cède pas à un tel instrument en vertu de l'article 24(4), les articles 27 ou 28 ne peuvent être invoqués pour justifier l'application de l'instrument au lieu du projet de Convention.

#### Article 28 – Adhésion par une Organisation régionale d'intégration économique sans ses États membres.

445 L'article 28 régit la seconde possibilité évoquée plus haut, celle où seule l'ORIE devient Partie. Cette situation peut se produire lorsque l'ORIE exerce une compétence externe exclusive sur la matière du projet de Convention. Dans ce cas, elle peut déclarer que ses États membres seront liés par le projet de Convention en vertu de l'accord qui l'a instituée. Comme dans le premier cas, toute référence à un « État contractant » ou à un « État » en vertu du projet de Convention s'applique également, le cas échéant, aux États membres de l'ORIE.

#### Article 29 – Entrée en vigueur

446 **Entrée en vigueur.** L'article 29 précise à quel moment le projet de Convention entrera en vigueur, à savoir le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de [trois] [six] mois après le dépôt du deuxième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion. Des règles similaires sont énoncées en ce qui concerne l'entrée en vigueur pour un État ou une ORIE qui y devient ensuite Partie et pour une unité territoriale à laquelle elle a été étendue en vertu de l'article 26.

447 **Réserves.** Le projet de Convention ne contient pas de disposition interdisant les réserves. Il s'ensuit que les réserves sont autorisées, sous réserve des règles ordinaires du droit international coutumier (telles qu'énoncées aux art. 2(1)(d) et 19 à 23 de la Convention de Vienne de 1969).

#### Article 30 – Déclarations

448 **Moment des déclarations.** Les déclarations visées aux articles [4], 15, 18, 19, [20,] [24,] 26 et 28 peuvent être faites lors de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion ou à tout moment ultérieur et pourront être modifiées ou retirées à tout moment. Elles sont faites au depositaire (le ministère des Affaires étrangères des Pays-Bas).

449 **Prise d'effet des déclarations faites au moment de la signature.** Une déclaration faite au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation de la Convention ou de l'adhésion à celle-ci prend effet au

<sup>277</sup> Le Rapport Hartley/Dogauchi explique, à la note 351, que le terme ORIE devrait avoir un sens autonome (indépendant du droit de tout État) et être d'interprétation souple afin d'inclure les organisations intrarégionales et transrégionales ainsi que les organisations dont le mandat dépasse les questions économiques.

be made at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession; and may also be modified, by submitting another declaration, at any time afterwards. These declarations shall be notified to the depositary and shall state expressly the territorial unit or units to which the draft Convention applies. The entry into force and the application in time of the draft Convention in these cases are addressed by Article 29 (see *infra* para. 446).

437 If a State to which this Article applies makes no declaration, the draft Convention shall extend to all territorial units of that State (see para. 3 of this Art.).

438 Finally, paragraph 4 establishes that this provision does not apply to a REIO. Article 26 only applies to States (in the international sense) and territorial units *within a State* in which different systems of law apply. Conversely, REIOS are constituted by two or more sovereign States and are dealt with in the next two Articles.

#### *Article 27 – Regional Economic Integration Organisations*

439 Articles 27 and 28 enable REIOS to become a Party to the draft Convention. An REIO, which is constituted solely by sovereign States, may sign, accept, approve or accede to the draft Convention (the absence of the term *ratify* is intentional, as only States ratify Conventions), but only to the extent that it has competence over matters covered by the draft Convention.<sup>277</sup> REIOS do not qualify as non-unified legal systems within the meaning of the draft Convention and therefore it is necessary to include a provision permitting them to become a Contracting Party.

440 The draft Convention contemplates the REIO and its Member States becoming Parties (Art. 27) or the REIO alone becoming a Party (Art. 28).

441 Article 27 is concerned with the first possibility, *i.e.*, where both the REIO and its Member States become Parties to the draft Convention. This may occur if they enjoy concurrent external competence over the subject matter of the draft Convention (joint competence), or if some matters fall within the external competence of the REIO and others within that of the Member States (which would result in shared or mixed competence for the draft Convention as a whole).

442 In view of the importance of this matter, REIOS are to notify the depositary in writing of the matters covered by this Convention in respect of which competence has been transferred to that organisation by its Member States. The notification has to be made at the time of signature, acceptance, approval or accession. Furthermore, REIOS must *promptly* notify the depositary in writing of any changes to their competence as specified in the most recent notice (Art. 27(2)).

443 Where the number of States is relevant for the purposes of the entry into force of the Convention, paragraph 3 provides that any instrument deposited by an REIO shall not be

---

<sup>277</sup> The Hartley/Dogauchi Report, at note 351, explains that REIOs should have an autonomous meaning (not depending on the law of any State) and that it should be interpreted flexibly to include sub-regional and trans-regional organisations as well as organisations whose mandate extends beyond economic matters.

counted unless it declares, in accordance with Article 28(1), that its Member States will not be Parties to it.

444 **Meaning of “State”.** A Contracting REIO has, within the limits of its competence, the same rights and duties as a Contracting State. Thus, paragraph 4 provides that where an REIO becomes a Party to the Convention, whether under Article 27 or under Article 28, any reference in the Convention to “Contracting State” or to “State” applies equally, where appropriate, to the REIO. This provision parallels Article 23(1). Its effect has already been discussed (see *supra* paras 398-400). It should be noted, however, that Article 24(4) is a *lex specialis* to Articles 27 and 28 as far as the application of legal instruments of an REIO is concerned. Where the Convention does not give way to such an instrument under Article 24(4), it is not possible to use Article 27 or 28 to justify the application of the instrument instead of the Convention.

#### *Article 28 – Accession by a Regional Economic Integration Organisation without its Member States*

445 Article 28 deals with the second possibility mentioned above, *i.e.*, where the REIO alone becomes a Party. This may occur where it has exclusive external competence over the subject matter of the Convention. In such a case, the REIO may declare that its Member States shall be bound by the Convention by virtue of the agreement of the REIO. As in the former case, any reference to “Contracting State” or “State” under the Convention shall apply equally, where appropriate, to the Member States of the REIO.

#### *Article 29 – Entry into force*

446 **Entry into force.** Article 29 specifies when the Convention will enter into force. This will be on the first day of the month following the expiration of [three] [six] months after the deposit of the second instrument of ratification, acceptance, approval or accession. Similar rules are laid down for when it comes into force for a given State or REIO that subsequently becomes a Party to it, and for a territorial unit to which it has been extended under Article 26.

447 **Reservations.** The draft Convention does not contain any provision prohibiting reservations. This means that reservations are permitted, subject to the normal rules of customary international law (as reflected in Art. 2(1)(d) and Arts 19-23 of the Vienna Convention of 1969).

#### *Article 30 – Declarations*

448 **Timing of declarations.** The declarations referred to in Articles [4], 15, 18, 19, [20,] [24] 26 and 28 may be made upon signature, ratification, acceptance, approval or accession or at any time thereafter, and may be modified or withdrawn at any time. They are made to the depositary (the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands).

449 **Entry into effect of declarations at the time of signature.** A declaration made at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession takes effect si-

moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État concerné.

**450 Prise d'effet des déclarations faites ultérieurement.** Une déclaration faite ultérieurement, ainsi qu'une modification ou le retrait d'une déclaration, prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire. Toutefois, une telle déclaration ne s'applique pas aux jugements rendus à l'issue d'instances déjà introduites devant le tribunal d'origine à la date de sa prise d'effet. De ce fait, les déclarations n'auront pas d'effet rétroactif pour les instances déjà introduites avant leur prise d'effet. Cette règle garantit une plus grande prévisibilité du fonctionnement de la Convention pour toutes les parties à l'instance.

#### *Article 31 – Dénonciation*

451 L'article 31 dispose qu'un État contractant peut dénoncer la Convention par une notification écrite au dépositaire. La dénonciation pourra se limiter à certaines unités territoriales d'un système juridique non unifié auxquelles s'applique la Convention. Elle prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de douze mois après la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'une période plus longue pour la prise d'effet de la dénonciation est précisée dans la notification, la dénonciation prend effet à l'expiration de la période en question après la date de réception de la notification par le dépositaire.

#### *Article 32 – Notifications par le dépositaire*

452 L'article 32 oblige le dépositaire à notifier aux Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé ainsi qu'aux autres États et aux ORIE qui ont signé, ratifié, accepté, approuvé la Convention ou adhéré à celle-ci, divers événements relatifs à la Convention, tels que les signatures, les ratifications, l'entrée en vigueur, les déclarations et les dénonciations.

multaneously with the entry into force of the Convention for the State concerned.

**450 Entry into effect of declarations made at a subsequent time.** A declaration made at a subsequent time, and any modification or withdrawal of a declaration, takes effect on the first day of the month following the expiration of six months following the date on which the notification is received by the depositary. However, such a declaration shall not apply to judgments resulting from proceedings that have already been instituted before the court of origin when the declaration takes effect. As a result, declarations will not have any retroactive effect in terms of their application to proceedings that have been instituted prior to the coming into effect of the declaration. This ensures greater predictability in the operation of the Convention for all parties to the proceedings.

#### *Article 31 – Denunciation*

451 Article 31 provides that a Contracting State may denounce the Convention by a notification in writing to the depositary. The denunciation may be limited to certain territorial units of a non-unified legal system to which the Convention applies. The denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date on which the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation shall take effect upon the expiration of such longer period, after the date on which the notification is received by the depositary.

#### *Article 32 – Notifications by the depositary*

452 Article 32 requires the depositary to notify the Members of the Hague Conference on Private International Law, and other States and REIOS which have signed, ratified, accepted, approved or acceded to the Convention, of various matters relevant to the Convention, such as signatures, ratifications, entry into force, declarations and denunciations.

---

Éventuelle exclusion du champ d'application de la Convention des entraves à la concurrence, tel qu'il en ressort de l'article 2(1)(p) du projet de Convention de 2018

NOTE ÉTABLIE PAR CARA NORTH, CONSULTANTE AUPRÈS DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, AVEC L'AIDE DU BUREAU PERMANENT

*Document préliminaire No 2 de décembre 2018*

---

## I INTRODUCTION<sup>1</sup>

1 Lors de la Commission spéciale sur le Projet Jugements de mai 2018, il a été suggéré d'exclure du champ d'application de la future Convention toute question liée aux entraves à la concurrence, exclusion rendue possible au moyen de l'adjonction de l'expression « entraves à la concurrence » à l'article 2(1)(p) du projet de Convention<sup>2</sup>.

2 À l'issue de la discussion concernant l'exclusion proposée, les délégations ont constaté la nécessité de poursuivre la réflexion et l'examen de cette question. Il a été décidé que la Commission spéciale s'appuierait sur le postulat selon lequel l'éventuelle exclusion serait incluse, entre crochets toutefois, et qu'un groupe de travail informel serait établi pour examiner davantage cette question en vue de la préparation de la Session diplomatique de juin 2019<sup>3</sup>.

3 La présente Note vise à faciliter et à éclairer les discussions de ce groupe de travail informel ainsi que d'autres discussions qui auront lieu avant la Session diplomatique :

- i) présenter un aperçu des différents types d'entraves à la concurrence et de certaines de leurs caractéristiques uniques et examiner si, et dans quelle mesure, les entraves à la concurrence identifiées relèveront du champ d'application du projet de Convention en vertu de l'article 1(1) ;
- ii) décrire les circonstances dans lesquelles un jugement portant sur des entraves à la concurrence circulera en vertu de la Convention si ces dernières étaient incluses dans le champ d'application et décrire les conséquences éventuelles d'une exclusion totale du champ

---

<sup>1</sup> La présente Note a été aimablement préparée par Mme Cara North, Consultante auprès de la Conférence de La Haye de droit international privé, avec l'aide du Bureau Permanent. L'auteur et le Bureau Permanent remercient les États-Unis d'Amérique, l'Union européenne et Mme Tanja Domej, présidente du Groupe de travail informel V sur l'exclusion éventuelle des entraves à la concurrence, pour leur aide dans la préparation de cette note.

<sup>2</sup> Pour faciliter la discussion, ci-après le terme « projet de Convention » désigne le projet de Convention de 2018 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale, qui est publié comme Doc. trav. No 262 REV, Projet de Convention révisé proposé par le Comité de rédaction arrêté au 28 mai 2018, voir Cahier 3, p. 318, du présent tome. La présente proposition a été faite dans le Doc. trav. No 198, proposition de la délégation de la République de Corée, distribué (en anglais uniquement) en octobre 2017, Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 13 au 17 novembre 2017), voir Cahier 3, p. 216, du présent tome. La proposition fait état des divers motifs de l'exclusion proposée.

<sup>3</sup> Aide-mémoire du Président de la Commission spéciale de mai 2018, voir Cahier 3, p. 336, du présent tome para. 25 et 32 ; voir aussi les Procès-verbaux de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (24-29 mai 2018) (disponibles sur le Portail sécurisé du site web de la HCCH à l'adresse <www.hcch.net>, sous la rubrique « 22<sup>e</sup> Session diplomatique »), Procès-verbaux Nos 6 et 7, respectivement, para. 67 à 70 et para. 2 à 13.

d'application des entraves à la concurrence, tel qu'il en ressort de l'article 2(1).

4 La présente Note n'énumère pas et ne tient pas compte des différentes options d'exclusion éventuelle des entraves à la concurrence dans la mesure où il est prévu que le groupe de travail informel examinera et discutera de cette éventuelle exclusion et qu'il présentera un rapport à la Session diplomatique.

5 Avant de poursuivre, il est important de définir les caractéristiques de ce sujet. Tel qu'il est fait mention dans le projet révisé de Rapport explicatif relatif au projet de Convention, l'éventuelle exclusion est rendue par l'expression « *anti-trust (competition) matters* »<sup>4</sup> qui est utilisée dans la version anglaise. En effet, des termes différents sont utilisés dans différents États et territoires pour des règles dont le contenu matériel est similaire (mais pas nécessairement identique). Par exemple, en anglais, cette matière est appelée « *anti-trust law* » (droit *anti-trust*) aux États-Unis d'Amérique (ci-après, les « États-Unis ») et « *competition law* » (droit de la concurrence) en Europe. C'est la raison pour laquelle ces deux termes sont employés dans la version anglaise de l'exclusion du champ d'application de la *Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for*<sup>5</sup> (ci-après, la « Convention Election de for de 2005 ») et ces deux termes sont également employés dans la version anglaise de l'éventuelle exclusion prévue dans le projet de Convention. Par ailleurs, cette exclusion n'est pas destinée à couvrir ce qu'on appelle parfois la « concurrence déloyale » (en anglais, « *unfair competition* »), par exemple, une publicité trompeuse ou le fait de faire passer ses produits pour ceux d'un concurrent<sup>6</sup>.

6 Par souci de clarté, le présent document se réfère de manière interchangeable au droit *anti-trust* et au droit de la concurrence ; sauf indication contraire, l'emploi de l'un ou l'autre terme vise à la fois le droit *anti-trust* et le droit de la concurrence.

## II TYPES D'ENTRAVES À LA CONCURRENCE

7 Historiquement, le droit de la concurrence existait dans peu d'États et territoires<sup>7</sup> et était en grande partie un domaine du droit méconnu pour nombre d'entre eux. Aujourd'hui, en revanche, des régimes juridiques de la concurrence existent dans presque tous les États et territoires du monde<sup>8</sup>. Bien que différents États et territoires utilisent des termes différents et que les règles de concurrence présentent certaines caractéristiques distinctives à l'échelle mondiale, elles poursuivent pour la plupart le même objectif et partagent des caractéristiques qui sont en grande partie communes.

---

<sup>4</sup> Voir « Convention sur les jugements : Rapport explicatif préliminaire révisé », établi par Francisco Garcimartín et Geneviève Saumier, Doc. prélim. No 1 de décembre 2018 à l'attention de la Vingt-deuxième session sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 18 juin au 2 juillet 2019) (ci-après, le « projet révisé de Rapport explicatif »), ci-dessus p. 10 du présent Cahier, para. 61 et 62. Comme cela a été conclu lors de la réunion de la Commission spéciale de 2018, le projet révisé de Rapport explicatif comprendrait, entre crochets, le texte basé sur T. Hartley et M. Dogauchi, Rapport explicatif sur la Convention Election de for de 2005, dans *Actes et documents de la Vingtième session (2005)*, tome III, *Election de for*, Anvers – Oxford – Portland, Intersentia, 2010, p. 784 à 862 (ci-après, le « Rapport Hartley/Dogauchi »), para. 60 à 63.

<sup>5</sup> Voir art. 2(1)(h) de la Convention Election de for de 2005.

<sup>6</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 60.

<sup>7</sup> Depuis l'adoption de la loi Sherman en 1890, il existe aux États-Unis de nombreux litiges portant sur les entraves à la concurrence, soit plus longtemps que dans tout autre État et territoire. Pour un aperçu de l'histoire des litiges portant sur les entraves à la concurrence aux États-Unis, voir D.J. Gerber, *Global Competition: Law, Markets, and Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 122 à 124.

<sup>8</sup> Pour un aperçu concis des différents types de régimes de droit de la concurrence, voir Baker McKenzie, *Global Guide to Competition Litigation*, 2018.



---

## The possible exclusion of anti-trust matters from the Convention as reflected in Article 2(1)(p) of the 2018 draft Convention

DRAWN UP BY CARA NORTH, CONSULTANT TO THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, WITH THE ASSISTANCE OF THE PERMANENT BUREAU

*Preliminary Document No 2 of December 2018*

---

### I INTRODUCTION<sup>1</sup>

1 During the Special Commission on the Judgments Project in May 2018, a proposal was made to exclude anti-trust (competition) matters from the scope of the future Convention by adding the words “anti-trust (competition) matters” to Article 2(1)(p) of the draft Convention.<sup>2</sup>

2 Following discussion of the proposed exclusion, delegations noted the need for further reflection and consideration of this issue. It was decided that the Special Commission would proceed on the basis that the possible exclusion be included, but in square brackets, and that an informal working group would be established to further consider this issue in preparation for the Diplomatic Session in June 2019.<sup>3</sup>

3 The purpose of this Note is to facilitate and inform the discussion of that informal working group as well as other discussions prior to the Diplomatic Session by:

- i) providing an overview of the different types of anti-trust matters and some of their unique features and considering whether, and to what extent, the matters identified will fall within the scope of the draft Convention under Article 1(1); and
- ii) describing the circumstances in which an anti-trust judgment will circulate under the Convention if such matters were included and describing the possible

consequences of a complete exclusion of anti-trust matters under Article 2(1).

4 This Note does not list or consider the various options for the possible exclusion of anti-trust matters as it is envisaged that the informal working group will consider and discuss the possible exclusion of anti-trust (competition) matters and provide a report to the Diplomatic Session.

5 Before moving on, it is important to set out the parameters of this topic. As noted in the Revised Draft Explanatory Report to the draft Convention, the possible exclusion refers to “anti-trust (competition) matters”.<sup>4</sup> This is because different terminology has been adopted in different jurisdictions for rules of similar (although not identical) substantive content on this topic. For example, in the United States of America (“U.S.”), the standard term used is “anti-trust”, while in Europe the standard term used is “competition law”. Consequently, both terms were adopted in the exclusion from scope under the *Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*<sup>5</sup> (“the 2005 Choice of Court Convention”) and both have been used for the possible exclusion under the draft Convention. Further, the exclusion is not intended to cover “unfair competition” (in French, *concurrence déloyale*) – for example, misleading advertising or passing one’s goods off as those of a competitor.<sup>6</sup>

6 For ease of reference, this paper refers to both anti-trust matters and competition law interchangeably; unless otherwise stated, the use of either term is intended to cover both anti-trust and competition law.

### II TYPES OF ANTI-TRUST (COMPETITION) MATTERS

7 Historically anti-trust (competition) law existed in few jurisdictions<sup>7</sup> and was largely an unfamiliar area of law for many jurisdictions. Today, however, competition law regimes exist in almost all jurisdictions around the world.<sup>8</sup> While different jurisdictions use different terminology and anti-trust (competition) laws have some distinguishing features globally, for the most part they all share the same objective and largely common characteristics.

---

<sup>1</sup> This Note was kindly prepared by Ms Cara North, Consultant to the Hague Conference on Private International Law, with the assistance of the Permanent Bureau. The author and the Permanent Bureau are grateful to the United States of America, the European Union and Prof. Tanja Domej, chair of informal working group V on the possible exclusion of anti-trust (competition) matters, for their assistance in the preparation of this Note.

<sup>2</sup> For ease of discussion, hereinafter the term “draft Convention” is used to refer to the 2018 draft Convention on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters, which is published as Work. Doc. No 262 REV, Revised draft Convention submitted by the Drafting Committee as of 28 May 2018, see Book 3, p. 318, of this tome. The current proposal was made in Work. Doc. No 198, proposal of the delegation of the Republic of Korea, distributed in October 2017, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2017), see Book 3, p. 216, of this tome. The proposal records various reasons for the proposed exclusion.

<sup>3</sup> *Aide memoire* of the Chair of the Special Commission of May 2018, see Book 3, p. 337, of this tome, paras 25 and 32; see also Minutes of the Fourth Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (24-29 May 2018) (available on the Secure Portal of the HCCH website at <www.hcch.net>, under “22<sup>nd</sup> Diplomatic Session”), Minutes Nos 6 and 7, paras 67-70 and paras 2-13 respectively.

---

<sup>4</sup> See “Judgments Convention: Revised Draft Explanatory Report”, drawn up by Francisco Garcimartin and Geneviève Saumier, Prel. Doc. No 1 of December 2018 for the attention of the Twenty-Second Session on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (18 June – 2 July 2019) (hereinafter, “Revised Draft Explanatory Report”), *supra* p. 11 of this Book, paras 61-62. As was concluded at the 2018 Special Commission meeting, the Revised Draft Explanatory Report would include, in square brackets, text based on T. Hartley and M. Dogauchi, Explanatory Report on the 2005 Choice of Court Convention, in *Proceedings of the Twentieth Session (2005)*, Tome III, *Choice of Court*, Antwerp – Oxford – Portland, Intersentia, 2010, pp. 785-863 (hereinafter, “Hartley/Dogauchi Report”), paras 60-63.

<sup>5</sup> See Art. 2(1)(h) of the 2005 Choice of Court Convention.

<sup>6</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 60.

<sup>7</sup> Robust anti-trust litigation has existed in the U.S. since the passing of the *Sherman Act* in 1890, longer than any other jurisdictions. For an overview of the history of anti-trust litigation in the U.S., see D.J. Gerber, *Global Competition: Law, Markets, and Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 122-124.

<sup>8</sup> For a concise overview of the different types of competition law regimes, see Baker McKenzie, *Global Guide to Competition Litigation*, 2018.

8 L'objectif premier du droit de la concurrence a été défini comme étant de « maintenir et [d']encourager le processus concurrentiel de façon à promouvoir l'utilisation efficace des ressources tout en protégeant la liberté d'action économique des divers opérateurs sur le marché »<sup>9</sup>. Dans la plupart des États et territoires, cet objectif a été atteint grâce :

- i) à un certain nombre d'interdictions concernant certains types d'accords anticoncurrentiels entre concurrents sur le marché et de comportements associés (par ex. les ententes entre opérateurs du marché sur la fixation des prix, le partage du marché, la manipulation des procédures d'appel d'offres ou les accords visant à limiter la production ou les ventes, etc.) ;
- ii) aux interdictions ou restrictions du comportement unilatéral des opérateurs du marché (par ex. les abus de position dominante tels que les prix prédateurs, l'utilisation d'une position dominante sur le marché pour entraver le jeu de la concurrence, etc.) ;
- iii) aux interdictions de fusions et acquisitions qui entravent la concurrence ;
- iv) également à la réglementation en vigueur dans certains États et territoires des projets de concentration<sup>10</sup>.

9 La réglementation et l'application des règles de concurrence peuvent ensuite être divisées en trois grandes catégories : i) le contrôle des concentrations par une autorité publique ; ii) l'action publique (*public enforcement*) en cas d'infractions au droit de la concurrence ; et iii) l'action privée (*private enforcement*) en cas d'infractions au droit de la concurrence.

#### A Contrôle des concentrations par les autorités publiques

10 Dans de nombreux systèmes juridiques, le droit de la concurrence prévoit la réglementation des projets de concentration en permettant aux autorités de concurrence d'enquêter sur les concentrations entre opérateurs du marché qui pourraient nuire à la concurrence<sup>11</sup> ou qui nécessitent une autorisation préalable de la part d'une autorité de régulation (généralement une autorité de concurrence) avant que la concentration ne puisse aboutir. Un exemple classique de contrôle des concentrations est celui d'une autorité de concurrence qui examine les circonstances dans lesquelles une entreprise envisage d'acquiescer son principal concurrent, ce qui aura pour effet que le marché deviendra moins concurrentiel et que les consommateurs pourront être amenés à payer un prix supérieur. Dans ce type de questions relevant du droit de la concurrence, l'accent est mis sur l'intérêt public et le maintien d'un marché concurrentiel<sup>12</sup>.

11 Ces questions sont de nature réglementaire ; elles n'entrent donc pas dans le champ d'application de la Convention puisqu'il ne s'agit pas d'une « matière civile ou

commerciale » au sens de l'article 1(1) du projet de Convention. Il est également probable qu'elles ne relèvent pas non plus du champ d'application du projet de Convention en vertu de la définition de jugement prévue à l'article 3(1)(b) du projet de Convention (c.-à-d. « toute décision sur le fond rendue par un tribunal »).

#### B Action publique (public enforcement)

12 L'action publique en droit de la concurrence suppose que les autorités étatiques enquêtent sur les comportements anticoncurrentiels tels que ceux énumérés au paragraphe 8 i), ii) et iii) ci-dessus. L'action publique en droit de la concurrence peut être exercée sous la forme de poursuites administratives, pénales ou civiles par une autorité de régulation.

13 Les principales caractéristiques qui distinguent l'action publique de l'action privée en droit de la concurrence (autres que le fait qu'elle soit exercée par une autorité publique de régulation telle qu'une autorité financière ou une autorité de concurrence) sont :

- i) les vastes pouvoirs d'enquête des autorités de régulation. Ces pouvoirs comprennent, par exemple, le pouvoir d'exiger la communication d'informations et de documents relatifs à toute infraction potentielle aux règles de concurrence, le pouvoir d'accéder aux locaux avec ou sans mandat ainsi que le pouvoir d'audition<sup>13</sup> ;
- ii) les nombreux pouvoirs de l'autorité de régulation, ou d'un tribunal à la demande d'une autorité de régulation, en termes de sanctions qui peuvent prendre la forme d'une ou de plusieurs des sanctions suivantes : des sanctions civiles et des amendes importantes (par ex. un emprisonnement, des amendes pécuniaires ou une interdiction pour les administrateurs de siéger en tant qu'administrateur de la société pendant un certain temps), des dommages et intérêts, des injonctions, des ordonnances de dessaisissement et/ou des déclarations (par ex. une déclaration selon laquelle un accord est nul et non exécutoire)<sup>14</sup>.

14 Là encore, en raison de la fonction de régulation publique des autorités, les entraves à la concurrence seront également exclues du champ d'application du projet de Convention car elles ne relèveront pas de la définition de « matière civile ou commerciale » de l'article 1(1) du projet de Convention. Ce point est soulevé dans le projet révisé de Rapport explicatif qui prévoit que :

« L'élément clé pour distinguer une matière de droit public d'une matière 'civile' ou 'commerciale' est le fait qu'une des parties exerce des prérogatives de puissance publique dont ne jouissent pas les personnes ordinaires<sup>13</sup>. Il y a donc lieu de déterminer la relation juridique entre les parties au litige et d'examiner le fondement juridique de l'action introduite devant le tribunal d'origine pour établir si le jugement porte sur une matière civile ou commerciale. Si l'action découle de l'exercice de prérogatives (ou d'obligations) de puissance publique, le projet de Convention ne s'applique

<sup>9</sup> OCDE, Centre pour la coopération avec les non-membres – Direction des affaires financières, fiscales et des entreprises, « Les objectifs du droit et de la politique de la concurrence – Note du Secrétariat », 13 mars 2003, soumise au Forum Mondial de l'OCDE sur la Concurrence (disponible sur le site web de l'OCDE, à l'adresse <www.oecd.org>), p. 2.

<sup>10</sup> M. Dabbah, *International and Comparative Competition Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 13. Pour une description des différents types de comportements anticoncurrentiels, voir R.S. Khemani et D.M. Shapiro, *Glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence*, Paris, Éditions OCDE, 1995 (disponible à l'adresse <www.oecd.org>), en particulier para. 10.

<sup>11</sup> R. Whish et D. Bailey, *Competition Law* (chapitre : « Overview of the Practices Controlled by Competition Law »), 8<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 3.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Le non-respect d'une enquête menée par une autorité de concurrence peut également être sévèrement sanctionné.

<sup>14</sup> Voir K. Hüschelrath et S. Peyer, « Public and Private Enforcement of Competition Law – A Differentiated Approach », *ZEW Discussion Papers*, vol. 13-029, 2013, p. 3 et 4.

8 The primary objective of competition law has been recorded as to “maintain and encourage the process of competition in order to promote efficient use of resources while protecting the freedom of economic action of various market participants”.<sup>9</sup> This is achieved in most jurisdictions by:

- i) a number of prohibitions on certain types of anti-competitive market arrangements between competitors and associated conduct (e.g., collusion between market operators by way of price-fixing, market-sharing, bid-rigging or agreements to limit production or sales, etc.);
- ii) prohibitions or restrictions on the unilateral conduct of market operators (e.g., abuse of dominance, such as predatory pricing, use of market power to hinder the competitive process, etc.);
- iii) prohibitions on mergers and acquisitions that harm competition; and
- iv) a number of jurisdictions also provide for the regulation of proposed mergers.<sup>10</sup>

9 The regulation and enforcement of competition laws can then be broken down into three main categories: i) merger control by a regulator; ii) public enforcement actions in respect of competition law breaches; and iii) private enforcement actions in respect of competition law breaches.

#### A Merger control by regulators

10 In many legal systems, competition law provides for the regulation of proposed mergers and acquisitions by enabling competition law authorities to investigate mergers between market operators that could be harmful to competition<sup>11</sup> or require prior approval from a regulatory authority (usually a competition authority) before a merger can complete. A typical example of merger control is a competition authority investigating circumstances where one company proposes to acquire its main competitor with the result that the market will become less competitive, and consumers may be required to pay a higher price. In these types of competition law matters the focus is on the public interest and the maintenance of a competitive market.<sup>12</sup>

11 Such matters are regulatory in nature; they will therefore fall outside the scope of the Convention as they are not

<sup>9</sup> OECD, Centre for Co-operation with Non-Members – Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, “The Objectives of Competition Law and Policy – Note by the Secretariat”, 29 January 2003, submitted to the OECD Global Forum on Competition (available on the OECD website, at <www.oecd.org>), p. 2.

<sup>10</sup> M. Dabbah, *International and Comparative Competition Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 13. For a description of the different types of anti-competitive behaviours, see R.S. Khemani and D.M. Shapiro, *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, Paris, OECD Editions, 1995 (available at <www.oecd.org>), in particular para. 10.

<sup>11</sup> R. Whish and D. Bailey, *Competition Law* (Chapter: “Overview of the Practices Controlled by Competition Law”), 8th ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 3.

<sup>12</sup> *Ibid.*

“civil or commercial matters” as provided in Article 1(1) of the draft Convention. They will also likely fall outside the scope of the draft Convention by virtue of the definition of judgment in Article 3(1)(b) of the draft Convention (i.e., “any decision on the merits given by a court”).

#### B Public enforcement

12 The public enforcement of anti-trust matters involves the investigation and enforcement by State authorities of anti-competitive conduct such as the types of conduct listed at paragraph 8 i), ii) and iii) above. Public enforcement of competition law violations can be brought as either administrative, criminal or civil law actions by the regulatory authority.

13 Key distinguishing features of the public enforcement of anti-trust matters, as compared to private enforcement, (other than the fact that it is undertaken by a public regulatory authority such as a financial or competition law authority) are:

- i) the broad investigatory powers of the regulatory authorities. Such powers include, for example, the power to compel the giving of information and documentation relating to any potential breach of anti-trust laws, entering a premise with or without a warrant and compulsory interview powers;<sup>13</sup>
- ii) the numerous powers of the regulatory authority, or of a court on the application of a regulatory authority, in terms of sanctions which can take the form of one or more of the following: substantial civil penalties and fines (e.g., imprisonment, monetary fines or the disqualification of directors from serving as a company director for a period), compensation, injunctive relief, divestment orders and/or declarations (e.g., a declaration that an agreement is void and unenforceable).<sup>14</sup>

14 Again, as a consequence of their public regulatory nature, such matters will also be excluded from the scope of the draft Convention as they will not fall within the definition of “civil or commercial matters” in Article 1(1) of the draft Convention. This point is made in the Revised Draft Explanatory Report which provides:

“The key element distinguishing public law matters from ‘civil or commercial’ matters is whether one of the parties is exercising governmental or sovereign powers that are not enjoyed by ordinary persons.<sup>13</sup> It is therefore necessary to identify the legal relationship between the parties to the dispute and to examine the legal basis of the action brought before the court of origin to establish whether the judgment relates to civil or commercial matters. If the action derives from the exercise of public powers (or duties), the draft Conven-

<sup>13</sup> There can also be severe penalties for non-compliance with an investigation by a competition law authority.

<sup>14</sup> See K. Hüschelrath and S. Peyer, “Public and Private Enforcement of Competition Law – A Differentiated Approach”, *ZEW Discussion Papers*, Vol. 13-029, pp. 3-4.

pas. L'illustration type de la puissance publique est la capacité à faire valoir des droits par une procédure administrative d'exécution sans qu'aucune action judiciaire soit nécessaire. Ainsi, par exemple, le projet de Convention ne s'applique pas aux ordonnances d'exécution introduites par des gouvernements ou des agences gouvernementales comme les autorités de la concurrence ou les autorités de surveillance financière, qui visent à faire respecter les exigences réglementaires ou à prévenir le non-respect de ces exigences<sup>14</sup>. Il ne s'applique pas non plus aux jugements portant sur des actions en justice introduites pour exécuter ces ordonnances ou pour faire appel de celles-ci [...]. »<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 85 ; [« Note sur l'article 1(1) de l'avant-projet de Convention de 2016 et l'expression 'matière civile et commerciale' », établi par les Co-Rapporteurs du projet de Convention et le Bureau Permanent, Doc. pré-l. No 4 de décembre 2016 à l'attention de la Commission spéciale de février 2017 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (disponible à l'adresse <www.hech.net>, voir chemin d'accès indiqué à la note 4)], para. 40.

<sup>14</sup> Doc. pré-l. No 4, para. 41.

<sup>15</sup> Il est également peu vraisemblable qu'une décision d'une autorité de régulation (par opposition à une décision d'un tribunal) relève de la définition du terme « jugement » de l'article 3(1)(b) du projet de Convention.

<sup>16</sup> Dans certains États et territoires, il est possible pour une autorité publique de régulation d'accorder des dommages et intérêts à une partie privée à la suite d'une décision constatant une violation du droit de la concurrence. Ces décisions seraient également exclues du champ d'application de la Convention indépendamment du fait qu'elles soient ou non complètement exclues du champ d'application de l'article 2(1) étant donné que, là encore, la décision ne serait pas une décision « rendue par un tribunal » en vertu de l'article 3(1)(b) du projet de Convention. Bien que la définition de « tribunal » ne figure pas dans le projet de Convention, le projet révisé de Rapport explicatif prévoit qu'un tribunal « doit être interprété de façon autonome et renvoie aux autorités ou organes qui font partie de la branche judiciaire d'un État et qui exercent des fonctions juridictionnelles »<sup>16</sup>. Le projet révisé de Rapport explicatif précise également que les autorités administratives ne sont pas des tribunaux et donne des exemples d'organes administratifs dont les décisions ne relèveraient pas du champ d'application de la Convention en raison de la définition du terme « tribunal » (par ex. les offices de brevets ou de marques<sup>17</sup> ou les notaires publics ou les greffes).

## C Action privée (private enforcement)

### 1 Types d'actions privées

<sup>17</sup> L'action privée fait en revanche généralement référence aux litiges entre parties privées. Ces actions sont normalement intentées soit dans un contexte contractuel, soit dans le cadre d'une action en responsabilité civile délictuelle. Comme l'indique le Rapport Hartley/Dogauchi, des exemples de ces actions dans un contexte de droit contractuel seraient « lorsque le demandeur, partie à une entente anticoncurrentielle, soulève la nullité de l'entente, ou

qu'un acheteur demande le remboursement de prix excessifs versés au vendeur du fait d'une entente sur les prix ou d'un abus de position dominante par ce dernier »<sup>18</sup>. Un exemple d'action dans un contexte de droit de la responsabilité civile serait une demande de réparation (par ex. des dommages et intérêts) à la suite d'une fixation des prix ou d'une pratique d'éviction.

<sup>18</sup> L'action privée peut être exercée sous la forme de ce que l'on appelle dans de nombreux États et territoires d'actions autonomes (dites de *standalone*)<sup>19</sup> ou d'actions de suivi (dites de *follow-on*).

<sup>19</sup> Une action autonome est une action en responsabilité et en dommages et intérêts et/ou une autre forme d'injonction et/ou un jugement déclaratoire en l'absence d'une décision d'une autorité de régulation ou d'un tribunal à la demande d'une autorité de régulation. Dans le cadre d'une action autonome, le demandeur doit rapporter la preuve d'une violation des règles de concurrence, d'un lien de causalité ainsi que d'un préjudice subi.

<sup>20</sup> Une action de suivi est une demande de dommages et intérêts engagée à la suite d'une décision antérieure prise par un organisme public de régulation ou par un tribunal à la demande de l'autorité publique. Dans le cadre des actions de suivi, les demandeurs ne sont généralement pas tenus d'établir l'existence d'une infraction ; ils n'ont qu'à démontrer le lien de causalité ainsi que le préjudice subi.

<sup>21</sup> Dans certains États et territoires, comme par exemple en vertu du droit de l'Union européenne, la constatation d'une infraction dans une décision finale d'une autorité nationale de concurrence, ou par un tribunal saisi d'un appel à l'initiative d'une autorité, lie les tribunaux nationaux de cet État membre<sup>20</sup>. Certaines règles de concurrence prévoient également la possibilité de suspendre les procédures lorsqu'une action est pendante devant une autorité de régulation de son ressort ; le tribunal peut suspendre les procédures dans l'attente de la décision de l'autorité de régulation<sup>21</sup>.

<sup>22</sup> Il n'est donc pas rare qu'une entreprise ayant enfreint le droit de la concurrence se voie infliger une amende imposée par une autorité de concurrence dans un ou plusieurs États et soit tenue de payer des dommages et intérêts à la suite d'une action privée. Toutefois, comme indiqué ci-dessus, seuls les jugements découlant d'une action privée relèveront du champ d'application du projet de Convention.

<sup>18</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 62.

<sup>19</sup> Disponible par ex. en Australie, en Égypte, aux États-Unis, dans la Fédération de Russie et au Mexique. Toutefois, les actions autonomes ne sont pas disponibles dans d'autres États et territoires, comme la Turquie. Pour plus d'informations, voir Baker McKenzie (*op. cit.* note 8).

<sup>20</sup> Art. 9(1) de la Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) (ci-après, la « Directive Dommages et intérêts pour infractions aux dispositions du droit de la concurrence », disponible sur le site web de l'UE « L'accès au droit de l'Union européenne », à l'adresse <eur-lex.europa.eu>).

<sup>21</sup> Voir par ex. art. 16 du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), qui prévoit que les États membres doivent éviter de prendre des décisions qui iraient à l'encontre de la décision envisagée dans une procédure intentée par la Commission et que la juridiction nationale peut évaluer s'il est nécessaire de suspendre sa procédure dans l'attente de la décision de la CE (disponible à l'adresse <eur-lex.europa.eu>).

<sup>15</sup> Projet révisé de Rapport explicatif, para. 29.

<sup>16</sup> *Ibid.*, para. 89.

<sup>17</sup> Bien que cela dépende des conclusions du Groupe de travail informel sur la propriété intellectuelle.

tion does not apply. A typical example of public power is the capacity to enforce a claim by way of administrative enforcement proceedings with no need for any court action. Thus, for example, the draft Convention does not apply to enforcement orders brought by governments or governmental agencies such as anti-trust/competition authorities or financial supervisors, which seek to ensure compliance or to prevent non-compliance with regulatory requirements.<sup>14</sup> Nor does it apply to judgments on judicial actions brought either to enforce or appeal such orders [...].<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 85; [“Note on Article 1(1) of the 2016 Preliminary Draft Convention and the Term ‘Civil or Commercial Matters’”, drawn up by the *co-Rapporteurs* of the draft Convention and the Permanent Bureau, Prel. Doc. No 4 of December 2016 for the attention of the Special Commission of February 2017 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (available at <www.hcch.net>, see path indicated in note 4)], para. 40.

<sup>14</sup> Prel. Doc. No 4, para. 41.

<sup>15</sup> It is also unlikely that a decision of the regulatory authority (as opposed to a decision by a court) will fall within the definition of “judgment” in Article 3(1)(b) of the draft Convention.

<sup>16</sup> In some jurisdictions, it is possible for a public regulatory authority to award compensation to a private party following a decision that there has been a competition law violation. These matters would also be excluded from the scope of the Convention irrespective of whether anti-trust law matters are completely excluded from scope under Article 2(1) because, again, the decision would not be a decision “given by a court” under Article 3(1)(b) of the draft Convention. While the definition of “court” is not provided in the draft Convention, the Revised Draft Explanatory Report provides that it “must be interpreted autonomously and refers to authorities or bodies that are part of the judicial branch of a State and which exercise judicial functions”.<sup>16</sup> The Revised Draft Explanatory Report also specifies that administrative authorities are not courts and provides examples of those administrative bodies whose decisions would not fall within the scope of the Convention due to the definition of “court” (*e.g.*, patent or trademark offices<sup>17</sup> or public notaries or registries).

## C Private enforcement

### 1 Types of private enforcement claims

<sup>17</sup> Private enforcement, on the other hand, generally refers to litigation between private parties. These claims are normally brought either in a contractual context, or as a tort claim. As noted in the Hartley/Dogauchi Report, examples of such claims in a contractual law context would be “when a plaintiff who is a party to an anti-competitive agreement invokes the nullity of the agreement, or when a buyer seeks

<sup>15</sup> Revised Draft Explanatory Report, para. 29.

<sup>16</sup> *Ibid.*, para. 89.

<sup>17</sup> Although this is subject to the outcome of the informal working group on intellectual property.

repayment of excessively high prices paid to his seller as a result of the latter having engaged in a price-fixing arrangement or abused its dominant position”.<sup>18</sup> An example of a claim in a tort law context would be a claim for relief (*e.g.*, compensation) as a result of price fixing or exclusionary conduct.

<sup>18</sup> Private enforcement matters can either be brought in what is known in many jurisdictions as standalone actions<sup>19</sup> or follow-on actions.

<sup>19</sup> A standalone action is a private law claim for liability and damages and/or some other form of injunctive and/or declaratory relief in the absence of a finding by a regulatory authority or by a court on the application of a regulatory authority. In a standalone action the claimant must prove breach of the relevant competition law, causation and loss.

<sup>20</sup> A follow-on action is a claim for private damages based on a prior decision on a violation of competition laws by a public regulatory body or by a court on the application of the regulator. In follow-on actions claimants are typically not required to establish an infringement; they are only required to demonstrate causation and loss.

<sup>21</sup> In some jurisdictions, such as under European Union law for example, a finding of an infringement in a final decision by a national competition authority, or by a court on appeal from an authority, will be binding on national courts of that Member State.<sup>20</sup> Some competition laws also provide for the possibility to stay proceedings where a claim is pending before a regulatory authority in its jurisdiction; the court may stay the proceedings to await the outcome of the regulatory authority’s decision.<sup>21</sup>

<sup>22</sup> Thus, it is not uncommon for one company that has breached competition law to have received a fine imposed or sought by a competition law authority in one or multiple countries as well as being required to pay damages as a consequence of a private enforcement action. However, as stated above, it is only the judgments resulting from private enforcement actions that will fall within the scope of the draft Convention.

<sup>18</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 62.

<sup>19</sup> Available, *e.g.*, in the Russian Federation, the U.S., Mexico, Australia and Egypt. However, standalone claims are not available in other jurisdictions, such as Turkey. For more information, see Baker McKenzie (*op. cit.* note 8).

<sup>20</sup> Art. 9(1) of Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union (Text with EEA relevance) (hereinafter, “Antitrust Damages Directive”, available on the EU website “Access to European Union law”, at <eur-lex.europa.eu>).

<sup>21</sup> See, *e.g.*, Art. 16 of Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (Text with EEA relevance), which provides that Member States should avoid giving decisions which would conflict with a decision contemplated by the Commission in proceedings it has initiated and that national courts may assess whether it is necessary to stay their proceedings pending the outcome of the decision of the EC (available at <eur-lex.europa.eu>).

## 2 Qui peut intenter une action privée ?

23 Les actions privées sont généralement intentées entre parties privées. Il existe toutefois une tendance croissante<sup>22</sup> et, dans certains États et territoires, une tradition de longue date<sup>23</sup>, d'intenter des actions privées par le biais de recours collectifs (dits de *class action*, également connus sous le nom de procédures collectives ou d'actions de groupe). L'objectif de ce recours est de permettre aux personnes qui ont subi un préjudice en raison d'un comportement anticoncurrentiel et qui, pour d'autres raisons, ne sont pas en mesure d'engager elles-mêmes une procédure, d'avoir accès à une réparation significative.

24 Les recours collectifs peuvent généralement être intentés soit au nom de particuliers, par exemple par une association de consommateurs, soit en regroupant simplement des actions individuelles. Dans certains États et territoires, l'autorité publique peut également présenter une action en réparation au nom des personnes ayant subi un préjudice<sup>24</sup>. Il existe des différences à l'échelle mondiale dans les approches adoptées à l'égard des recours collectifs, en particulier en ce qui concerne la question de savoir si le régime particulier prévoit la convocation d'un groupe selon le principe de l'acceptation (dit de l'*opt-in*) ou de l'exclusion (dit de l'*opt-out*). Pour ce qui est des questions relevant du droit de la concurrence, ces actions sont souvent intentées dans le cadre d'une action de suivi, mais dans certains États et territoires, elles peuvent l'être soit dans le cadre d'une action de suivi, soit dans le cadre d'une action autonome.

25 Bien que les recours collectifs constituent une composante croissante de l'action privée en droit de la concurrence, ils ne se limitent évidemment pas aux questions relevant du droit de la concurrence et sont courants dans d'autres types de matières qui relèvent du champ d'application du projet de Convention<sup>25</sup>. Il ne semble pas y avoir de caractéristiques des recours collectifs dans le contexte du droit de la concurrence qui soulèvent des questions distinctes nécessitant un examen distinct.

## 3 Formes de protection et de réparation

26 Les formes principales de protection et de réparation dans le cadre de l'exercice d'une action privée sont les dommages et intérêts, les jugements déclaratoires et les injonctions (provisaires ou définitives). Dans certains États et territoires, la protection et la réparation peuvent parfois

prendre la forme d'une ordonnance de restitution des bénéfices tirés de la violation<sup>26</sup>.

27 Dans la plupart des États et territoires, les dommages et intérêts sont limités aux pertes subies par un demandeur en raison d'une violation des règles de concurrence, ce qui peut inclure le manque à gagner<sup>27</sup>. Le demandeur peut être tenu de prouver le préjudice réel subi et peut ne pas avoir le droit de recouvrer les pertes ou dommages qu'il a transmis à un acheteur en aval (cette question est traitée plus en détail ci-après). Par conséquent, l'approche la plus courante consiste pour les tribunaux à tenir compte de la position dans laquelle le demandeur se serait trouvé si la violation du droit de la concurrence n'avait pas eu lieu.

28 Toutefois, dans d'autres États et territoires comme aux États-Unis, des dommages et intérêts multiples (c.-à-d. punitifs) peuvent également être accordés. Aux États-Unis, des actions en dommages et intérêts peuvent être intentées en vertu de l'article 4 du *Clayton Act 1914*. Cet article donne aux parties privées qui ont subi un préjudice en raison d'une infraction à la législation *anti-trust* la possibilité d'intenter une action devant les tribunaux fédéraux contre l'entreprise ou les entreprises fautive(s) et d'obtenir ce que l'on appelle des dommages et intérêts triples (c.-à-d. des dommages et intérêts équivalents à trois fois le préjudice réel subi). Les dommages et intérêts triples sont automatiques en vertu de l'article 4 du *Clayton Act 1914*. En plus des dommages et intérêts triples, les demandeurs peuvent également demander le recouvrement de leurs frais de justice<sup>28</sup>.

29 L'octroi de dommages et intérêts multiples ou punitifs a fait l'objet d'une controverse lors de négociations antérieures du Projet sur les Jugements<sup>29</sup> et de la Convention Élection de for de 2005<sup>30</sup>. Il ne s'agit toutefois pas d'une question propre aux jugements en matière de concurrence telle qu'abordée plus loin en relation avec l'article 10 du projet de Convention.

30 Les injonctions peuvent être soit provisoires soit définitives. Il existe d'autres formes de protection et de réparation telles que les ordonnances de cessation, les déclarations selon lesquelles un contrat est nul en tout ou en partie, les modifications d'un contrat de façon prospective et rétrospective ainsi que les ordonnances de restitution<sup>31</sup>.

## 4 La répercussion des surcoûts (le passing-on defence)

31 La répercussion des surcoûts en droit de la concurrence renvoie aux circonstances dans lesquelles les préjudices découlant d'une entente subis par l'acheteur d'un produit sont réduits car l'acheteur a répercuté ces surcoûts sur son client. Cette répercussion vise à ce que le demandeur soit indemnisé, sans pour autant être surindemnisé,

<sup>22</sup> En 2013, la Commission européenne a encouragé chaque État membre à adopter des actions collectives et représentatives : voir « Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union (2013/396/UE) », *Journal officiel de l'Union européenne*, No L201/60, 2013. Par la suite, en janvier 2018, la Commission a publié le « Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen concernant la mise en œuvre de la recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union (2013/396/UE) », COM(2018) 40 final. Voir également Baker McKenzie (*op. cit.* note 8), qui prévoit que des recours collectifs sont disponibles en matière de droit de la concurrence en Angleterre et au pays de Galles, en Australie, en Belgique, au Canada, aux États-Unis, en France, en Italie, au Japon, au Mexique, aux Pays-Bas, en Pologne et en Suède.

<sup>23</sup> Il s'agit d'une pratique courante et répandue aux États-Unis, par ex. en vertu de l'art. 23 des règles fédérales de procédure civile des États-Unis.

<sup>24</sup> Par ex., en Australie, la Commission australienne de la concurrence et de la consommation peut exercer des actions privées au nom de particuliers dans certaines circonstances limitées : voir art. 87(1B) du *Competition and Consumer Act 2010 (Cth)*.

<sup>25</sup> Par ex. les questions relatives à la protection des consommateurs, à la responsabilité du fait des produits, etc.

<sup>26</sup> Voir par ex. art. 34a de la Loi allemande contre les restrictions à la concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*).

<sup>27</sup> C'est notamment le cas de l'Argentine, de l'Australie et de la Chine (en vertu des dispositions du SPC, art. 14 et de la Loi anti-monopole, art. 50).

<sup>28</sup> M. Dabbah (*op. cit.* note 10), p. 258.

<sup>29</sup> Voir C. Kessedjian, « Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », dans *Actes et documents de la Vingtième session (2005)*, tome II, *Jugements*, Cambridge – Anvers – Portland, Intersentia, 2013, p. 12 à 68, aux p. 64 et 66, para. 194. Voir également C. Kessedjian, « Recognition and Enforcement of Foreign Judgments », dans J. Basedow, S. Franck et L. Idot (dir. pub.), *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 253 et 254.

<sup>30</sup> Voir L. Radicati di Brozolo, « Antitrust Claims: Why Exclude them from the Hague Jurisdiction and Judgments Convention », *European Competition Law Review*, 2004, vol. 25, No 12, p. 780, 783 et 784, concluant que l'octroi de dommages et intérêts triples aux États-Unis ne constitue pas une raison d'exclure les entraves à la concurrence du champ d'application de la Convention Élection de for de 2005 ou du projet initial sur les Jugements.

<sup>31</sup> A. Foer et J. Cuneo, *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Ltd, 2010, p. 495.

## 2 Who can bring private enforcement proceedings?

23 Private enforcement proceedings are generally litigated between private parties. However, there is a growing trend<sup>22</sup> toward, and in some jurisdictions a long-established tradition<sup>23</sup> of, private enforcement actions being brought by way of class action (also known as group proceedings or collective redress). The purpose of these proceedings is to enable individuals who have suffered damage because of anti-competitive behaviour, and who are otherwise unable to bring proceedings on their own, to gain access to meaningful relief.

24 Class action proceedings can generally be brought either on behalf of individuals by, for example, a consumer organisation, or by simply grouping individual claims. There are some jurisdictions in which the regulator is also able to bring a representative claim seeking compensation for affected persons.<sup>24</sup> There are differences globally in approaches taken to class action claims, in particular whether the specific regime provides for the convening of a class on an opt-in or opt-out basis. For competition law matters, such claims are often brought as a follow-on action, but in some jurisdictions they can be brought as either a follow-on or standalone action.

25 While class actions are a growing feature of the private enforcement of competition law disputes, they are of course not limited to competition law matters and are common in other types of matters that fall within the scope of the draft Convention.<sup>25</sup> There do not appear to be any features of class actions in the competition context that raise distinct issues requiring separate consideration.

## 3 Forms of relief

26 Common forms of relief for private enforcement matters are damages, declaratory relief and injunctive relief (both interim and final). In some jurisdictions, relief in

the form of an order for disgorgement of profits from the breach is also available.<sup>26</sup>

27 In most jurisdictions, damages are limited to loss suffered by a plaintiff as a result of the breach of competition laws, which may include loss of profits.<sup>27</sup> The plaintiff can be required to prove the actual loss or damage suffered and may not be entitled to recover any loss or damage that they passed on to a downstream purchaser (this is dealt with in greater detail below). Thus, the common approach is for the courts to consider the position that the claimant would have been in had the competition law violation not occurred.

28 However, in other jurisdictions such as the U.S., an award of multiple (*i.e.*, punitive) damages is also available. In the U.S., damages actions are available under section 4 of the *Clayton Act 1914*. This section gives private parties who suffered loss due to an anti-trust infringement the ability to bring an action in the federal courts against the offending firm(s) and obtain what is known as treble damages (*i.e.*, damages which are three times the actual damage suffered). Treble damages are automatic under section 4 of the *Clayton Act 1914*. In addition to treble damages, claimants may also seek recovery of their court fees.<sup>28</sup>

29 The awarding of multiple or punitive damages was a point of contention in earlier negotiations of the Judgments Project<sup>29</sup> and the 2005 Choice of Court Convention.<sup>30</sup> This is not, however, a matter unique to judgments ruling on anti-trust matters as is dealt with further below in relation to Article 10 of the draft Convention.

30 Injunctive relief can take the form of either interim or final injunctions. Other forms of relief may include cease-and-desist orders, declaring a contract void in whole or in part, varying a contract prospectively and retrospectively and orders for restitution.<sup>31</sup>

## 4 Defence of passing-on

31 The defence of passing-on in competition law matters refers to circumstances where damages suffered by a purchaser of a product which have been tainted by a cartel are reduced because the purchaser has passed-on those overcharges to its customer. The defence seeks to ensure that the plaintiff is compensated, but not over-compensated, for

<sup>22</sup> In 2013 the European Commission encouraged every Member State to adopt collective and representative actions: see “Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law (2013/396/EU)”, *Official Journal of the European Union*, No L 201/60, 2013. Following this in January 2018, the Commission published the “Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the implementation of the Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union law (2013/396/EU)”, COM(2018) 40 final. See also Baker McKenzie (*op. cit.* note 8), which provides that class actions are available in competition law matters in Australia, Belgium, Canada, England and Wales, France, Italy, Japan, Mexico, the Netherlands, Poland, Sweden and the U.S.

<sup>23</sup> This is common and has been prevalent in the U.S., *e.g.*, pursuant to Rule 23 of the *United States Federal Rules of Civil Procedure*.

<sup>24</sup> *E.g.*, in Australia private enforcement proceedings can be brought on behalf of individuals by the Australian Competition and Consumer Commission in certain limited circumstances: see section 87(1B) of the *Competition and Consumer Act 2010 (Cth)*.

<sup>25</sup> *E.g.*, consumer law matters, product liability claims, etc.

<sup>26</sup> See, *e.g.*, Art. 34a of the German *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*.

<sup>27</sup> This is the case in Australia, Argentina and China (under SPC Provisions, Art. 14 and Anti-Monopoly Law, Art. 50).

<sup>28</sup> M. Dabbah (*op. cit.* note 10), p. 258.

<sup>29</sup> See C. Kessedjian, “International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters”, in *Proceedings of the Twentieth Session (2005)*, Tome II, *Judgments*, Cambridge – Antwerp – Portland, Intersentia, 2013, pp. 13-69, at pp. 65 and 67, para. 194. See also C. Kessedjian, “Recognition and Enforcement of Foreign Judgments”, in J. Basedow, S. Francq and L. Idot (eds.), *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 253-254.

<sup>30</sup> See L. Radicati di Brozolo, “Antitrust Claims: Why Exclude them from the Hague Jurisdiction and Judgments Convention”, *European Competition Law Review*, 2004, Vol. 25, No 12, p. 780, at 783-784, concluding that the provision of treble damages in the U.S. is not a reason to exclude anti-trust matters from the scope of either the 2005 Choice of Court Convention or the original Judgments Project.

<sup>31</sup> A. Foer and J. Cuneo, *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Ltd, 2010, p. 495.

pour le préjudice subi en n'obligeant pas le défendeur à payer potentiellement deux fois pour le même préjudice<sup>32</sup>.

32 Dans certains États et territoires, comme par exemple dans l'Union européenne, il est possible d'avoir recours à la répercussion des surcoûts ; les acheteurs tant directs qu'indirects ont le droit d'intenter une action en dommages et intérêts. Il existe une présomption réfragable qu'il y a eu une répercussion en faveur de l'acheteur indirect si i) le défendeur a violé les règles de concurrence ; ii) la violation a entraîné un surcoût pour l'acheteur direct du défendeur ; et iii) l'acheteur indirect a acheté les marchandises ou les services qui ont fait l'objet de l'infraction<sup>33</sup>. Le droit de l'Union européenne prévoit en outre que les tribunaux nationaux doivent pouvoir estimer la répercussion<sup>34</sup>.

33 En revanche, dans d'autres États et territoires comme aux États-Unis (au niveau fédéral), il n'est pas possible d'avoir recours à la répercussion des surcoûts<sup>35</sup>. De plus, la loi fédérale américaine prévoit que les dommages et intérêts dans certaines actions ne sont disponibles que pour les acheteurs ; elle ne permet pas aux acheteurs indirects (c.-à-d. ceux n'ayant pas acheté directement au défendeur) d'obtenir une réparation sous la forme de dommages et intérêts. L'arrêt de principe américain en la matière est l'arrêt de 1977 de la Cour suprême des États-Unis *Illinois Brick Co. c. Illinois*<sup>36</sup>. Dans cette affaire, la Cour suprême a constaté i) que tenter de déterminer le montant d'un surcoût ayant été répercuté sur le client du demandeur est difficile et peut être affecté par d'autres forces du marché qui ne sont pas liées à la violation de la législation *anti-trust* par un défendeur, et ii) que le fait de permettre aux acheteurs indirects d'intenter une action en dommages et intérêts risquerait d'exposer les défendeurs à des dommages et intérêts doublés pour les acheteurs tant directs qu'indirects. Il est actuellement possible d'avoir recours à la répercussion des coûts en vertu de certaines lois étatiques<sup>37</sup> et des dommages-intérêts généraux peuvent être accordés aux acheteurs indirects<sup>38</sup>.

34 Lorsque des dommages et intérêts sont accordés à une partie privée dans un État et territoire au sein duquel il n'est pas possible pour le défendeur d'invoquer la répercussion des surcoûts, un problème peut se poser dans l'État requis quant à la question de savoir si ce jugement est considéré comme accordant des dommages et intérêts non compensatoires. Cette question est traitée plus loin dans le contexte de l'article 10.

<sup>32</sup> Voir *Sainsbury's Supermarkets c. MasterCard Incorporated e.a.* [2016] CAT 11 pour une décision anglaise qui examine en détail la répercussion des surcoûts ; voir également l'étude de la Commission européenne sur la répercussion des surcoûts (« Study on the Passing-on of Overcharges – Final report », disponible en anglais uniquement), préparée par RBB Economics et Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, 2016 (disponible sur le site web de la Commission européenne, à l'adresse <ec.europa.eu>).

<sup>33</sup> Voir art. 14 de la Directive Dommages et intérêts pour infractions aux dispositions du droit de la concurrence.

<sup>34</sup> *Ibid.*, art. 12(5) ; voir également l'étude de la Commission européenne préparée par RBB Economics et Cuatrecasas, Gonçalves Pereira (*op. cit.* note 32).

<sup>35</sup> Voir la décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Hanover Shoe c. United Shoe Machinery* 392 US 481 (1968), dans laquelle la Cour suprême a jugé qu'un défendeur dans une affaire de fixation des prix ne pouvait prétendre en défense que l'acheteur direct n'avait pas subi de préjudice parce que le prétendu surcoût avait été transmis à un autre.

<sup>36</sup> 431 US 720 (1977).

<sup>37</sup> C'est actuellement le cas dans la plupart des états, y compris dans les états de New York et Californie : voir M. Dabbah (*op. cit.* note 10), p. 260. Voir également Baker McKenzie (*op. cit.* note 8), p. 3 et 204.

<sup>38</sup> Voir G.J. Benston, « Indirect Purchasers' Standing to Claim Damages in Price Fixing Antitrust Action: A Benefit/Cost Analysis of Proposals to Change the Illinois Brick Rule », *Antitrust Law Journal*, 1986, vol. 55, numéro 1.

## 5 Application extraterritoriale des règles de concurrence

35 L'une des particularités du droit de la concurrence est que les comportements anticoncurrentiels ont souvent une portée mondiale et sont le fait d'opérateurs de marché multinationaux. Un comportement anticoncurrentiel survenant dans un État et territoire peut nuire à la concurrence sur les marchés d'un ou de plusieurs autres États et territoires. C'est pourquoi, dans un certain nombre d'États et territoires, le droit de la concurrence a une portée extraterritoriale, de sorte qu'il s'applique à certains comportements qui nuisent à la concurrence sur les marchés de cet État et territoire (approche fondée sur les effets)<sup>39</sup>. Dans de nombreux États, les règles de concurrence peuvent s'appliquer aux comportements extraterritoriaux. Les États-Unis et l'Union européenne sont deux exemples d'États et territoires ayant des règles de concurrence qui peuvent s'appliquer à des comportements extraterritoriaux.

36 Aux États-Unis, cette question est régie par le *Foreign Trade Antitrust Improvements Act 1982* (ci-après, le « FTAIA ») qui prévoit que les règles *anti-trust* américaines ne s'appliqueront pas aux comportements anticoncurrentiels impliquant le commerce de non-importation ou le commerce avec des États étrangers à moins que ces pratiques n'aient un « effet direct, substantiel et raisonnablement prévisible »<sup>40</sup> sur les échanges ou le commerce américains<sup>41</sup>. Ainsi, par exemple, le droit *anti-trust* américain peut s'appliquer à un comportement anticoncurrentiel qui se produit en dehors des États-Unis, c'est le cas notamment des ententes mondiales lorsqu'elles ont un « effet direct, substantiel et raisonnablement prévisible » sur le commerce américain et qu'il existe un lien de causalité entre le comportement et le demandeur. Toutefois, les tribunaux américains ont affirmé que, pour appliquer cette législation, il convenait de tenir compte des intérêts d'autres États auxquels les tribunaux américains pourraient s'opposer en faisant valoir leur compétence dans une affaire en particulier<sup>42</sup>.

37 La jurisprudence américaine a eu tendance à appliquer cette législation *stricto sensu*. Par exemple, une question controversée qui s'est posée dans le contexte de la nature extraterritoriale de la législation *anti-trust* américaine a été celle de savoir si un demandeur ayant subi un préjudice en dehors des États-Unis a le droit de demander des dommages et intérêts au sein des États-Unis. Cette question a été tranchée par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche c. Empagran SA*<sup>43</sup>. Dans cette affaire, la Cour suprême, consciente de l'impact qu'une sur-exposition à des demandes de dommages et intérêts triples pourrait avoir sur la réglementation des pratiques anticoncurrentielles dans d'autres parties du monde, a jugé que les demandeurs ayant subi un préjudice à l'étranger ne pouvaient pas demander des dommages et intérêts aux États-Unis. Toutefois, la Cour suprême des États-Unis n'a pas tranché la question de savoir si les demandeurs étrangers avaient le droit de demander des dommages et intérêts devant les tribunaux américains lorsque le préjudice subi à

<sup>39</sup> M. Dabbah (*op. cit.* note 10), p. 264.

<sup>40</sup> Art. 6a du FTAIA [*traduction du Bureau Permanent*].

<sup>41</sup> Voir M. Huffman, « A Retrospective on Twenty-five Years of the Foreign Trade Antitrust Improvements Act », 44 *Hous. L. Rev.* 285 (2007), 294 à 298. C'est ce qu'on appelle également la « doctrine des effets ».

<sup>42</sup> Voir *Timberlane Lumber Co. c. Bank of America* 549 F.2d 597 (9<sup>e</sup> Cir 1976) ; *Mannington Mills c. Congoleum Corp* 595 F.2d 1287 (3<sup>e</sup> Cir 1979) ; E. Fox « Extraterritoriality and Antitrust – Is Reasonableness the Answer? », *Fordham Corporate Law Institute* (dir. pub. Hawk) (1986), p. 49, comme indiqué dans R. Whish et D. Bailey (*op. cit.* note 11), p. 524. Toutefois, la loi applicable en l'espèce est une loi (c.-à-d. le FTAIA) que les tribunaux ont décidé de faire primer sur *Timberlane* et suivants : voir par ex. *McGlinchy c. Shell Chemical Co.* 845 F.2d 81 n.8 (9<sup>e</sup> Cir. 1988).

<sup>43</sup> 542 US 155 (2004).



the damage suffered by not forcing the defendant to potentially pay twice for the same wrong.<sup>32</sup>

32 In some jurisdictions, such as under EU law for example, the passing-on defence is available, and both indirect and direct purchasers are entitled to sue for damages. There is a rebuttable presumption that passing-on has occurred in favour of the indirect purchaser if i) the defendant has violated anti-competition laws; ii) the violation has resulted in an overcharge to the direct purchaser of the defendant; and iii) the indirect purchaser purchased the goods or services that were the object of the infringement.<sup>33</sup> EU law further provides that national courts should be able to estimate the pass-on.<sup>34</sup>

33 By contrast, in other jurisdictions such as the U.S. (at the federal level), the defence of passing-on is not available.<sup>35</sup> Moreover, U.S. federal law provides that damages in certain actions are only available to direct purchasers; it does not allow for damages to be recovered by indirect purchasers (*i.e.*, those who did not purchase directly from the defendant). The leading U.S. decision on this issue is the 1977 U.S. Supreme Court decision in *Illinois Brick Co. v. Illinois*.<sup>36</sup> In that case the Supreme Court observed that i) attempting to determine how much of an overcharge was passed on to the plaintiff's customer is difficult and can be affected by other market forces not related to a defendant's anti-trust violation, and ii) that allowing claims by indirect purchasers could result in defendants being faced with duplicative damages awards for both direct and indirect purchasers. The defence of passing-on is currently available under some state laws<sup>37</sup> and indirect purchasers may be awarded general damages.<sup>38</sup>

34 Where a private party obtains an award of damages in a jurisdiction that does not permit the defendant to raise a passing-on defence, an issue may arise in the requested State as to whether that judgment is treated as awarding non-compensatory damages. This issue is dealt with further below in the context of Article 10.

## 5 Extraterritorial application of competition laws

35 A somewhat unique feature of competition law is that anti-competitive conduct is often global in scope and undertaken by multinational market operators. Anti-competitive behaviour occurring in one jurisdiction can harm competition in markets in one or more other jurisdictions. For that reason, competition laws in a number of jurisdictions provide for extraterritorial reach of their competition laws, with the result that those laws extend to certain conduct outside the jurisdiction that harms competition in markets in that jurisdiction (an effects-based approach).<sup>39</sup> Anti-trust laws in many countries can be applied to extraterritorial conduct. Two examples of jurisdictions with anti-trust laws that can apply to extraterritorial conduct are the U.S. and EU.

36 In the U.S., this issue is governed by the *Foreign Trade Antitrust Improvements Act 1982* ("FTAIA") which provides that U.S. anti-trust laws will not apply to anti-competitive conduct involving non-import trade or commerce with foreign nations unless that conduct has a "direct, substantial and reasonably foreseeable effect"<sup>40</sup> on U.S. trade or commerce.<sup>41</sup> Thus, for example, U.S. anti-trust can apply to anti-competitive conduct that occurs outside of the U.S., such as world-wide cartels, where there is a "direct, substantial and reasonably foreseeable effect" on U.S. commerce and a causal link between the conduct and the claimant. However, the U.S. courts have held that in applying this legislation consideration should be given to the interests of other States that might be affronted by the U.S. courts assertion of jurisdiction in a particular case.<sup>42</sup>

37 U.S. case law has tended to apply this legislation narrowly. For example, a controversial issue that has arisen in the context of the extraterritorial nature of U.S. anti-trust law is whether a claimant who has suffered damage outside the U.S. is entitled to seek damages in the U.S. This question was considered by the U.S. Supreme Court in *Hoffmann-La Roche v. Empagran SA*.<sup>43</sup> In that case, mindful of the impact that an overexposure to treble damages claims could have on the regulation of anti-competitive conduct in other parts of the world, the Supreme Court held that as the claimants in that case had suffered harm elsewhere they could not seek damages in the U.S. However, the U.S. Supreme Court did leave open the question of whether foreign plaintiffs are entitled to seek damages in U.S. courts in cir-

<sup>32</sup> See *Sainsbury's Supermarkets v. MasterCard Incorporated and others* [2016] CAT 11 for an English decision providing detailed consideration of the defence of passing-on; see also the European Commission "Study on the Passing-on of Overcharges – Final report", prepared by RBB Economics and Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, 2016 (available on the European Commission website, at <ec.europa.eu>).

<sup>33</sup> See Art. 14 of the EU Antitrust Damages Directive.

<sup>34</sup> *Ibid.*, Art. 12(5); see also the European Commission Study prepared by RBB Economics and Cuatrecasas, Gonçalves Pereira (*op. cit.* note 32).

<sup>35</sup> See the U.S. Supreme Court decision in *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery* 392 US 481 (1968) in which the Supreme Court held that a defendant in a price fixing case could not claim in defence that the direct purchaser was not damaged because the alleged overcharge was passed on to another.

<sup>36</sup> 431 US 720 (1977).

<sup>37</sup> This is the case now in most states, including New York and California: see M. Dabbah (*op. cit.* note 10), p. 260. See also Baker McKenzie (*op. cit.* note 8), pp. 3 and 204.

<sup>38</sup> See G.J. Benson, "Indirect Purchasers' Standing to Claim Damages in Price Fixing Antitrust Action: A Benefit/Cost Analysis of Proposals to Change the Illinois Brick Rule", 55 *Antitrust L. J.* 213, 214 (1986).

<sup>39</sup> M. Dabbah (*op. cit.* note 10), p. 264.

<sup>40</sup> Section 6a of FTAIA.

<sup>41</sup> See M. Huffman, "A Retrospective on Twenty-five Years of the Foreign Trade Antitrust Improvements Act", 44 *Hous. L. Rev.* 285, 294-98 (2007). This is also known as the "effects doctrine".

<sup>42</sup> See *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America* 549 F.2d 597 (9th Cir 1976); *Mannington Mills v. Congoleum Corp* 595 F.2d 1287 (3rd Cir 1979); E. Fox "Extraterritoriality and Antitrust – Is Reasonableness the Answer?", *Fordham Corporate Law Institute* (ed. Hawk), 1986, p. 49 as referred to in R. Whish and D. Bailey (*op. cit.* note 11), p. 524. However, the governing law in this matter is statutory (*i.e.*, FTAIA) which courts have held to supersede *Timberlane* and its progeny: see, *e.g.*, *McGlinchy v. Shell Chemical Co.*, 845 F.2d 81 n. 8 (9th Cir. 1988).

<sup>43</sup> 542 US 155 (2004).

l'étranger par le demandeur était considéré comme intrinsèque au préjudice national causé par l'entente aux clients américains<sup>44</sup>.

38 Au sein de l'Union européenne, la question de l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence a également été soulevée devant les tribunaux européens. Deux principaux critères ont été mis au point pour limiter la portée extraterritoriale du droit européen de la concurrence : le « critère de mise en œuvre »<sup>45</sup> et le « critère des effets qualifiés »<sup>46</sup>. Le critère de mise en œuvre exige que, pour que le droit européen de la concurrence s'applique extraterritorialement, le comportement anticoncurrentiel doit être mis en œuvre dans l'Union européenne (par ex. par le biais de ventes directes dans l'Union européenne)<sup>47</sup>. La mise en œuvre peut être assurée par des agents, sous-agents, filiales ou succursales opérant au sein de l'Union européenne. Le « critère des effets qualifiés » exige quant à lui que les pratiques anticoncurrentielles aient un « effet immédiat, substantiel et prévisible » dans l'Union européenne<sup>48</sup>. Dans une décision de 2017, la Cour de justice de l'Union européenne a clarifié le rapport entre ces deux critères et a relevé que le droit européen de la concurrence peut avoir une application extraterritoriale lorsque l'un de ces deux critères s'applique<sup>49</sup>. Ce domaine du droit européen est encore en mutation.

39 Il existe également d'autres États et territoires qui prévoient que leur droit de la concurrence s'applique à un comportement mis en œuvre à l'extérieur de leur territoire si ce comportement a un effet sur leurs marchés nationaux<sup>50</sup>.

40 Un autre problème transfrontière qui peut se poser dans le contexte du droit de la concurrence/droit *anti-trust* est celui de la possibilité pour un demandeur privé d'intenter une action en dommages et intérêts dans un État (État A) pour un comportement mis en œuvre dans un autre État (État B) en violation du droit de la concurrence de l'État B. Dans un tel cas, l'application extraterritoriale du droit de la concurrence ne soulève aucun problème. Il s'agit d'un scénario qui peut se présenter pour de nombreux types d'actions transfrontières : ce scénario ne semble pas soulever de questions spécifiques au droit de la concurrence qui méritent d'être examinées dans le présent document.

### III JUGEMENTS EN MATIÈRE DE CONCURRENCE ET LE PROJET DE CONVENTION

41 Dans ce contexte, il est utile d'examiner i) la circulation des jugements en vertu du projet de Convention si les entraves à la concurrence sont incluses dans le champ d'application de la Convention ; et ii) la circulation des jugements en vertu de la Convention si les entraves à la concurrence sont totalement exclues du champ d'application de la Convention en vertu de son article 2(1).

<sup>44</sup> R. Whish et D. Bailey (*op. cit.* note 11), p. 524.

<sup>45</sup> Voir l'arrêt de la Cour du 31 mars 1993, *A. Ahlström Osakeyhtiö et autres c. Commission des Communautés européennes* (communément appelée *Woodpulp I*), C-89/85, EU:C:1993:120, para. 16.

<sup>46</sup> Voir l'arrêt du Tribunal du 25 mars 1999, *Gencor Ltd c. Commission des Communautés européennes*, T-102/96, EU:T:1999:65, para. 90.

<sup>47</sup> R. Whish et D. Bailey (*op. cit.* note 11), p. 528.

<sup>48</sup> *Gencor c. Commission* (*op. cit.* note 46), para. 92.

<sup>49</sup> Voir l'arrêt de la Cour du 6 septembre 2017, *Intel Corp. Inc. c. Commission européenne*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, para. 40 et s. ; voir aussi E. Turtle et C. Sandger, « EU Overview », dans I. Knable Gots (dir. pub.), *The Private Competition Enforcement Review*, 11<sup>e</sup> éd., Londres, Law Business Research Ltd, 2018, 4.

<sup>50</sup> Voir par ex. art. 4 de la Loi néo-zélandaise de 1986 sur le commerce et art. 5 de la Loi australienne de 2010 sur la consommation et la concurrence. Chacune de ces dispositions énonce de façon relativement détaillée les circonstances dans lesquelles la conduite à l'extérieur de l'État et territoire est régie par les dispositions du droit de la concurrence de cet État et territoire.

#### A Inclusion des entraves à la concurrence

42 Comme indiqué plus haut, si les entraves à la concurrence sont incluses dans le champ d'application du projet de Convention, celui-ci ne s'appliquerait qu'aux actions privées. Il inclurait à la fois les actions autonomes et les actions de suivi intentées tant par des particuliers qu'en leur nom, y compris les actions intentées au nom de particuliers par une autorité de concurrence.

##### 1 Critères de compétence

43 Si les entraves à la concurrence sont incluses dans le champ d'application du projet de Convention, un jugement portant sur des entraves à la concurrence pourrait entrer dans le champ d'application des critères de compétence suivants : l'article 5(1)(a) relatif à la résidence habituelle ; l'article 5(1)(b) relatif à l'établissement professionnel principal ; l'article 5(1)(c) relatif à la reconnaissance et l'exécution à l'encontre de la personne qui a saisi le tribunal ; l'article 5(1)(d) relatif à une succursale, une agence ou un autre établissement ; l'article 5(1)(e) et (m) relatifs au consentement explicite ; l'article 5(1)(f) relatif à la soumission tacite ; l'article 5(1)(l) relatif aux demandes reconventionnelles ; et l'article 5(1)(g) relatif aux obligations contractuelles lorsque le jugement a été rendu dans l'État où l'exécution de cette obligation a eu lieu ou aurait dû avoir lieu.

44 Un jugement portant sur des entraves à la concurrence ne circulerait pas en vertu de l'article 5(1)(j) relatif aux obligations non contractuelles. En effet, ce critère de compétence est limité aux jugements portant sur les obligations non contractuelles résultant d'un décès, d'un dommage corporel, d'un dommage subi par un bien corporel ou de la perte d'un bien corporel. De même, aucun des autres critères de compétence prévus à l'article 5 ne s'appliquerait à un jugement portant sur des entraves à la concurrence.

45 L'application de ces critères limiterait par conséquent la reconnaissance et l'exécution des jugements portant sur l'application des règles de concurrence. Il faudrait qu'il existe un lien étroit entre le défendeur et l'État d'origine ou que le défendeur ait consenti (expressément ou implicitement) à ce que l'affaire soit portée devant ce for. Dans l'un ou l'autre de ces scénarios, le fait que le défendeur fasse valoir que le jugement se fonde sur l'application du droit de la concurrence du for au comportement du défendeur appelle à un examen approfondi, que ce comportement ait eu lieu dans l'État d'origine ou à l'étranger<sup>51</sup>.

46 Voici quelques exemples de jugements qui circuleraient en vertu du projet de Convention :

- i) un jugement accordant des dommages et intérêts à une société établie dans l'État requis en raison d'ententes conclues au nom de la société par une succursale de cette société dans l'État d'origine, en violation du droit de la concurrence de l'État d'origine ; ou
- ii) un jugement rejetant une demande pour violation d'une disposition contractuelle au motif que cette disposition était inapplicable en vertu du droit de la concurrence de l'État d'origine (ou en vertu du droit de la concurrence d'un autre État appliqué par le tribunal d'origine pour déterminer la question de la validité/de l'exécution, conformément aux règles de droit applicables de l'État d'origine).

<sup>51</sup> Dans certaines circonstances limitées, des problèmes d'ordre public peuvent se poser dans l'État requis ; voir para. 47 ci-dessous.

cumstances where the injury suffered abroad by the plaintiff is considered to be inseparable from the domestic harm caused by the cartel to U.S. customers.<sup>44</sup>

38 In the EU the issue of the extraterritorial application of EU competition law has also been raised before the European courts. There are two main tests that have developed to limit the extraterritorial reach of EU competition law: the “implementation test”<sup>45</sup> and the “qualified effects test”.<sup>46</sup> The implementation test requires that for the extraterritorial application of EU competition law the anti-competitive conduct must be implemented in the EU (e.g., by direct sales into the EU).<sup>47</sup> The implementation can be by agents, sub-agents, subsidiaries, or branches operating within the EU. The “qualified effects test” requires that anti-competitive practices have an “immediate, substantial and foreseeable effect” in the EU.<sup>48</sup> In a 2017 ruling, the Court of Justice of the European Union clarified the relationship between the two tests and observed that EU competition law can have extraterritorial application when either test applies.<sup>49</sup> This is still a developing area of EU law.

39 There are other jurisdictions that provide for their competition law to apply to conduct outside their territory if the conduct affects domestic markets.<sup>50</sup>

40 Another cross-border issue that can arise in the competition/anti-trust context is that it may be possible for a private claimant to bring a claim for damages in one State (State A) in respect of conduct in another State (State B) that breaches the competition law of State B. No issue arises in relation to the extraterritorial application of competition law in such a case. This is a scenario that can and does arise in relation to many types of cross-border claim: it does not appear to give rise to any issues specific to competition law that require consideration in this paper.

### III ANTI-TRUST JUDGMENTS AND THE DRAFT CONVENTION

41 Against this background, it is helpful to consider i) the circulation of judgments under the draft Convention if anti-trust matters are included within the scope of the Convention; and ii) the circulation of judgments under the Convention if anti-trust matters are completely excluded from the scope of the Convention under Article 2(1).

<sup>44</sup> R. Whish and D. Bailey (*op. cit.* note 11), p. 524.

<sup>45</sup> See Judgment of 31 March 1993, *A. Ahlström Osakeyhtiö and others v. Commission of the European Communities* (commonly known as Woodpulp I), C-89/85, EU:C:1993:120, para. 16.

<sup>46</sup> Judgment of 25 March 1999, *Gencor Ltd v. Commission of the European Communities*, T-102/96, EU:T:1999:65, para. 90.

<sup>47</sup> R. Whish and D. Bailey (*op. cit.* note 11), p. 528.

<sup>48</sup> *Gencor v. Commission* (*op. cit.* note 46), para. 92.

<sup>49</sup> See Judgment of 6 September 2017, *Intel Corp. Inc. v. European Commission*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, paras. 40 *et seq.*; see also E. Turtle and C. Sandger, “EU Overview”, in I. Knable Gotts (ed.), *The Private Competition Enforcement Review*, 11th ed., London, Law Business Research Ltd, 2018, 4.

<sup>50</sup> See, e.g., section 4 of the *New Zealand Commerce Act 1986* and section 5 of the *Australian Consumer and Competition Act 2010*. Each of these provisions sets out in some detail the circumstances in which conduct outside the jurisdiction is regulated by the provisions of that jurisdiction’s competition law.

#### A Inclusion of anti-trust matters

42 As stated above, should anti-trust matters be included within the scope of the draft Convention, the draft Convention would only extend to private enforcement claims. This would include both follow-on and standalone claims brought both by or on behalf of individuals, including claims on behalf of individuals brought by a competition agency.

##### 1 Jurisdictional filters

43 If anti-trust matters are included within the scope of the draft Convention, a judgment ruling on an anti-trust matter would potentially fall within the scope of the following jurisdictional filters: Article 5(1)(a) on habitual residence; Article 5(1)(b) on principal place of business; Article 5(1)(c) on recognition and enforcement against the person who brought the claim; Article 5(1)(d) on branch, agency or other establishment; Article 5(1)(e) and (m) dealing with express consent; Article 5(1)(f) on tacit submission; Article 5(1)(l) on counterclaims; and Article 5(1)(g) on contractual obligations, if the judgment was given in the State in which performance of that obligation took place or should have taken place.

44 An anti-trust judgment would not circulate under the Convention under Article 5(1)(j) relating to non-contractual obligations. This is because that jurisdictional filter is limited to judgments ruling on non-contractual obligations arising out of death, physical injury, damage to or loss of tangible property. Nor would any of the other jurisdictional filters in Article 5 apply to a judgment ruling on an anti-trust matter.

45 The application of these filters would thus limit the recognition and enforcement of judgments ruling on the application of anti-trust laws. There would need to be a close connection between the defendant and the State of origin, or the defendant would need to have consented (expressly or implicitly) to the matter being litigated in that forum. In either of these scenarios, the force of a complaint by the defendant that the judgment is based on the application of the forum’s competition law to the defendant’s conduct invites careful scrutiny, whether that conduct occurred in the State of origin or outside it.<sup>51</sup>

46 Some examples of judgments that would circulate under the draft Convention include:

- i) a judgment awarding damages against a company based in the requested State arising out of cartel arrangements entered into on behalf of the company by a branch of that company in the State of origin, which breached the competition law of the State of origin; or
- ii) a judgment dismissing a claim for breach of a contractual provision on the grounds that the provision was unenforceable under the competition law of the State of origin (or under the competition law of another State that was applied by the court of origin when determining the issue of validity/enforceability, in accordance with the State of origin’s choice of law rules).

<sup>51</sup> In some limited circumstances public policy concerns may arise in the State addressed: see para. 47 below.

## 2 *Ordre public*

47 En matière d'entraves à la concurrence, le motif de refus d'ordre public prévu à l'article 7(1)(c) du projet de Convention peut être invoqué pour les jugements qui visent davantage à réguler le marché concerné plutôt qu'à indemniser le demandeur pour le préjudice subi (ou en plus de l'indemniser). À titre d'exemple, on peut citer l'exécution d'un jugement appliquant des règles de concurrence extra-territoriales afin d'accorder une indemnisation pour un comportement mis en œuvre dans l'État requis et qui est licite dans cet État.

48 Il convient de noter toutefois que, conformément au libellé de la disposition (c.-à-d. « manifestement incompatible avec l'ordre public »), l'exception d'ordre public n'est évidemment destinée à être utilisée que dans un nombre très limité de cas exceptionnels<sup>52</sup>.

## 3 *Protection et réparation*

49 La question des dommages et intérêts triples en matière d'action privée serait examinée dans le cadre de l'article 10(1) du projet de Convention. L'article 10(1) prévoit le refus de reconnaissance et d'exécution dans les cas où le jugement accorde des dommages et intérêts qui vont au-delà de la compensation du demandeur pour la perte ou le préjudice réel subi (c.-à-d. dans les cas où le jugement accorde des dommages punitifs ou exemplaires). La question de l'octroi de dommages et intérêts punitifs n'est évidemment pas propre aux questions relevant du droit de la concurrence ; elle se pose également dans le contexte de nombreuses autres questions qui relèvent du champ d'application du projet de Convention<sup>53</sup>.

50 En outre, une injonction définitive (et non une injonction provisoire<sup>54</sup>) pourrait être reconnue et exécutée en vertu du projet de Convention conformément à la définition du terme « jugement » à l'article 3(1)(b) du projet de Convention.

## 4 *Déclarations relatives à des matières particulières*

51 Il convient également de noter que si le projet de Convention inclut les entraves à la concurrence dans son champ d'application, les États peuvent faire une déclaration en vertu de l'article 19 du projet de Convention excluant les entraves à la concurrence. L'article 19(1) dispose que « [I]orsqu'un État a un intérêt important à ne pas appliquer la présente Convention à une matière particulière, il peut déclarer qu'il ne l'appliquera pas à cette matière ». Une déclaration en vertu de l'article 19 signifiera que les entraves à la concurrence seront exclues du champ d'application du projet de Convention pour l'État contractant qui a fait la déclaration et pour tout autre État contractant dans lequel la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu dans l'État contractant qui a fait la déclaration est demandée.

52 Par conséquent, même si les entraves à la concurrence ne sont pas exclues du champ d'application du projet de Convention en vertu de l'article 2(1), les entraves à la concurrence (ou un sous-ensemble d'entraves à la concurrence) pourraient être exclues du champ d'application du projet de Convention pour certains États au moyen d'une déclaration en vertu de l'article 19.

<sup>52</sup> Voir les discussions dans le projet révisé de Rapport explicatif, para. 289 et 290.

<sup>53</sup> *Ibid.*, para. 333 à 336.

<sup>54</sup> *Ibid.*, para. 87.

## B *Exclusion des entraves à la concurrence*

53 Si les entraves à la concurrence sont entièrement exclues du champ d'application du projet de Convention, cela signifierait qu'un jugement portant sur une demande dans un contexte contractuel où une exception fondée sur le droit de la concurrence est invoquée ou sur des demandes délicieuses ayant pour objet des violations du droit de la concurrence ne circulerait pas en vertu de la Convention. En d'autres termes, la victime d'une violation du droit de la concurrence ayant obtenu des dommages et intérêts ou une injonction ne pourrait faire reconnaître et exécuter son jugement en vertu de la Convention. De même, un défendeur qui a défendu avec succès une demande pour violation des règles de concurrence ne pourrait faire reconnaître (ou exécuter une décision relative aux frais accessoires) dans aucun autre État contractant en vertu de la Convention.

54 Lorsqu'une entrave à la concurrence n'est pas l'objet de la procédure (par ex. lorsqu'une entrave à la concurrence est soulevée en tant qu'exception à une action pour violation de contrat), l'article 2(2) du projet de Convention prévoit que ce jugement ne sera pas exclu du champ d'application de la Convention simplement parce que l'entrave à la concurrence a été soulevée à titre préalable dans la procédure dans laquelle le jugement a été rendu. Toutefois, cette disposition doit être lue en liaison avec l'article 8 du projet de Convention qui prévoit :

- i) qu'une décision sur une matière ne relevant pas du champ d'application de la Convention (par ex. une question relevant du droit de la concurrence) ne circule pas en vertu du projet de Convention conformément à l'article 8(1) ; et
- ii) que la reconnaissance et l'exécution d'un jugement portant par exemple sur une demande contractuelle peut être refusée, si et dans la mesure où le jugement était fondé sur une décision portant sur une matière exclue du champ d'application (par ex. une question relevant du droit de la concurrence) conformément à l'article 8(2).

55 Cela signifie que si une demande contractuelle devait aboutir parce que le tribunal d'origine a rejeté un argument fondé sur le droit de la concurrence, la reconnaissance ou l'exécution pourrait être refusée. De même, si une demande contractuelle échoue parce que le tribunal d'origine a accepté un argument fondé sur le droit de la concurrence, la reconnaissance ou l'exécution de cette décision peut également être refusée.

## IV CONCLUSION

56 Il ressort de l'analyse qui précède que, indépendamment de la décision prise d'exclure ou non entièrement les entraves à la concurrence du champ d'application, de nombreuses décisions dans ce domaine (en particulier les décisions des autorités de régulation et les décisions judiciaires résultant d'une action publique exercée par des autorités de régulation) seront exclues du champ d'application de l'instrument car elles ne relèveront pas de celui-ci en vertu de l'article 1(1) du projet de Convention.

57 Pour les autres décisions, si les entraves à la concurrence restaient dans le champ d'application du projet de Convention, un nombre relativement limité de jugements en matière de concurrence circulerait en vertu des critères de compétence prévus à l'article 5(1) du projet de Convention et serait soumis aux garanties habituelles applicables aux

## 2 Public policy

47 For anti-trust matters, the Article 7(1)(c) public policy ground for refusal under the draft Convention may be invoked to deal with judgments that are aimed more at regulating the market concerned as opposed to (or in addition to) compensating the claimant for loss suffered. An example of such a case may be the enforcement of a judgment applying extraterritorial anti-trust laws to award compensation for conduct in the State addressed that was lawful in that State.

48 However, it should be noted that consistent with the wording of the provision (*i.e.*, “manifestly incompatible with the public policy”), the public policy exception is of course only intended to be used in a very limited number of exceptional cases.<sup>52</sup>

## 3 Relief

49 The question of treble damages in private enforcement matters would be dealt with under Article 10(1) of the draft Convention. Article 10(1) provides for refusal of recognition and enforcement in circumstances where the judgment awards damages that go beyond compensating the plaintiff for the actual loss or harm suffered (*i.e.*, in circumstances where the judgment awards punitive or exemplary damages). The issue of awarding punitive damages is of course not unique to anti-trust law matters; it also arises in the context of many other matters which fall within the scope of the draft Convention.<sup>53</sup>

50 Moreover, final injunctive relief – but not interim injunctive relief<sup>54</sup> – would be capable of being recognised and enforced under the draft Convention pursuant to the definition of “judgment” in Article 3(1)(b) of the draft Convention.

## 4 Declarations with respect to specific matters

51 It should also be noted that if the draft Convention includes anti-trust (competition) matters within scope, States may make a declaration under Article 19 of the draft Convention excluding such matters. Article 19(1) provides that “[w]here a State has a strong interest in not applying this Convention to a specific matter, that State may declare that it will not apply the Convention to that matter”. A declaration under Article 19 will mean that anti-trust matters would be excluded from the scope of the draft Convention for the Contracting State that made the declaration; and any other Contracting States in which recognition or enforcement of a judgment given in the Contracting State that made the declaration is sought.

52 Therefore, even if anti-trust matters are not excluded from the scope of the draft Convention under Article 2(1), anti-trust matters (or some subset of anti-trust matters) could be excluded from the scope of the draft Convention for certain States by means of an Article 19 declaration.

<sup>52</sup> See discussion in the Revised Draft Explanatory Report, paras 289-290.

<sup>53</sup> *Ibid.*, paras 333-336.

<sup>54</sup> *Ibid.*, para. 87.

## B Exclusion of anti-trust matters

53 Should anti-trust matters be excluded entirely from the scope of the draft Convention, this would mean that a judgment ruling on a claim in the contractual context where a defence is raised based on competition law, or tort claims which have competition law breaches as the object of the proceedings, would not circulate under the Convention. In other words, the victim of an anti-trust law violation who successfully obtained damages or injunctive relief could not have its judgment recognised and enforced under the Convention. Similarly, a defendant who successfully defended a claim for an anti-trust law violation could not have a judgment in its favour recognised (or an associated costs order enforced) in any other Contracting State under the Convention.

54 Where a competition law matter is not the object of the proceedings (*e.g.*, where an anti-trust matter is raised by way of defence to a breach of contract claim), Article 2(2) of the draft Convention provides that such a judgment will not be excluded from the scope of the Convention merely because the competition law issue arose as a preliminary question in the proceedings in which the judgment was given. However, this provision needs to be read in conjunction with Article 8 of the draft Convention which provides that:

- i) a ruling on a matter outside the scope of the Convention (*e.g.*, a competition law matter) shall not circulate under the draft Convention pursuant to Article 8(1); and
- ii) recognition and enforcement of a judgment on, for example, a contract claim may be refused, if and to the extent that the judgment was based on a ruling on a matter excluded from scope (*e.g.*, a competition law matter) pursuant to Article 8(2).

55 This means that if a contract claim were to succeed because the court of origin dismissed an argument based on a competition law matter, recognition or enforcement may be refused. Similarly, if a contract claim fails because the court of origin accepted an argument based on competition law, recognition or enforcement of that decision may also be refused.

## IV CONCLUSION

56 It is apparent from the above analysis that, irrespective of the decision made on whether to exclude anti-trust matters entirely, many decisions in this field – in particular, decisions by regulators and court decisions resulting from public enforcement actions initiated by regulators – will be excluded from the scope of the instrument because they will fall outside the scope of the instrument under Article 1(1) of the draft Convention.

57 For those that remain, should anti-trust law matters remain within the scope of the draft Convention, a relatively limited number of judgments ruling on such matters would circulate under the jurisdictional filters found in Article 5(1) of the draft Convention and would be subject to the usual safeguards applicable to judgments ruling on

jugements portant sur les deux types de demandes qui relèvent du champ d'application de la Convention.

58 Enfin, si l'on décidait d'exclure les entraves à la concurrence du champ d'application de la Convention, un nombre relativement limité de jugements seraient, une fois encore, exclus du champ d'application de la Convention.

59 Il est souhaitable que le présent document facilite la discussion du groupe de travail informel ainsi que d'autres discussions avant la Session diplomatique sur la question de savoir s'il convient d'exclure les entraves à la concurrence du champ d'application de la Convention.

either types of claims that fall within the scope of the Convention.

58 Finally, should the decision be made to exclude anti-trust matters from the scope of the Convention, again, a relatively limited number of judgments would be excluded from the scope of the Convention.

59 It is hoped that this paper will facilitate the discussion of the informal working group and other discussions prior to the Diplomatic Session on the policy question of whether to exclude anti-trust matters from the scope of the Convention.

---

## Régime des condamnations au paiement d'une sanction en cas d'inexécution de jugements non pécuniaires en vertu du projet de Convention de 2018

NOTE ÉTABLIE PAR LE BUREAU PERMANENT

*Document préliminaire No 3 de février 2019*

---

### I INTRODUCTION<sup>1</sup>

1 Lors de la réunion de la Commission spéciale de mai 2018, les co-Rapporteurs ont évoqué la circulation des jugements non pécuniaires en vertu du projet de Convention de 2018<sup>2</sup>, se référant au paragraphe 76 du Rapport explicatif préliminaire révisé<sup>3</sup> (voir annexe I). Ils ont notamment soulevé la question de savoir si les condamnations au paiement d'une sanction en cas d'inexécution d'obligations fixées dans des jugements non pécuniaires (condamnations au paiement d'une sanction) pourraient circuler en vertu du projet de Convention. Les co-Rapporteurs ont invité la Commission spéciale à donner des orientations sur ce sujet.

2 Ces sanctions doivent être payées aux *parties* dans certains États et territoires, tandis que dans d'autres, celles-ci doivent être payées aux *tribunaux* ou aux *autorités publiques*. Les experts se sont demandé si ces condamnations au paiement d'une sanction seraient exécutées d'une manière générale et, en particulier, si celles devant être payées à l'État relèveraient du champ d'application du projet de Convention. À cet égard, certains experts ont soulevé le problème de l'exécution asymétrique (c.-à-d., selon que les condamnations au paiement d'une sanction devant être payée au créancier du jugement seraient couvertes par le projet de Convention, tandis que les condamnations au paiement d'une sanction devant être payée à un tribunal ou une autorité publique ne le seraient pas). En raison des points de vue divergents exprimés, la Commission spéciale a décidé de reporter cette question à la Session diplomatique pour une réflexion plus approfondie<sup>4</sup>. Les co-Rapporteurs ont mis à jour le Projet révisé de Rapport explicatif<sup>5</sup> (l'ex-

trait pertinent figure à l'annexe II du présent document) pour tenir compte des discussions de la réunion.

3 Afin de faciliter l'examen et la discussion de cette question avant et pendant la Session diplomatique de juin 2019, le Bureau Permanent a préparé le présent document pour fournir des informations générales et aider les Membres à déterminer si et le cas échéant comment les condamnations au paiement d'une sanction seront spécifiquement traitées dans le projet de Convention. Le présent document commencera d'abord par décrire les questions qui feront l'objet de discussions (voir section II) avant d'étudier les lois et les pratiques des divers États et territoires en matière de condamnations au paiement d'une sanction (voir section III). La section IV se penchera ensuite sur les affaires concernant l'exécution des condamnations au paiement d'une sanction étrangères dans certains États et territoires. Après avoir analysé la circulation des condamnations au paiement d'une sanction en vertu du projet de Convention dans la section V, la section VI présentera les conclusions et recommandations.

### II DESCRIPTION DES QUESTIONS

4 En premier lieu, il convient de noter que le présent document ne porte que sur les condamnations au paiement d'une sanction. Dans certains États, la condamnation au paiement d'une sanction est généralement comprise dans le jugement initial<sup>6</sup> en tant qu'obligation « subsidiaire » ou « conditionnelle » dans le but d'assurer l'exécution des obligations principales fixées par le tribunal. Ainsi, un jugement initial qui fixe des obligations (pécuniaires ou non pécuniaires) peut également contenir des sanctions ou des amendes « subsidiaires » provisoires ou conditionnelles en cas d'inexécution du jugement<sup>7</sup>. Cette condamnation au paiement d'une sanction est imposée avant qu'il y ait eu manquement à l'obligation principale et peut exiger ou non qu'une ordonnance subséquente du tribunal soit rendue pour qu'elle prenne effet (par ex. une ordonnance subséquente fixant le montant de la sanction à payer). Dans d'autres États, il est plus courant que la condamnation au paiement d'une sanction soit rendue si et lorsque le débiteur du jugement viole l'obligation fixée par le tribunal : le tribunal d'origine ou un tribunal de l'État d'origine rend une ordonnance subséquente prévoyant des « sanctions ». Toutefois, les condamnations relatives à la *réparation pécuniaire en cas de retard* dans l'exécution d'une obligation fixée par un tribunal ne seront pas examinées dans le cadre du présent document : les sommes allouées de ce type compensent purement le préjudice subi par le demandeur, et en tant que telles, elles sont susceptibles d'être traitées comme des dommages et intérêts et donc être exécutées en vertu du projet de Convention. Néanmoins, il est bien connu que dans certains cas, il peut être difficile de déterminer si les condamnations à un paiement périodique en cas d'inexécution sont compensatoires ou pénales<sup>8</sup>.

5 Le présent document se servira de quatre scénarios pour illustrer si et comment les condamnations au paiement

---

<sup>1</sup> L'auteur remercie D. Goddard QC, Président de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale, et les professeurs G. Saumier, F. Garcimartín et T. Domej pour leur aide dans la préparation du présent document. Hana Mia, Sophie Yates, Charlotte Weinekötter et Coline Lopez, actuellement et anciennement stagiaires au Bureau Permanent (BP), ont également contribué à ce document.

<sup>2</sup> Publié comme Doc. trav. No 262 REV, Projet de Convention révisé proposé par le Comité de rédaction arrêté au 28 mai 2018, voir Cahier 3, p. 318, du présent tome.

<sup>3</sup> Voir « Convention sur les Jugements : Rapport explicatif préliminaire révisé », établi par Francisco Garcimartín et Geneviève Saumier, Doc. prélim. No 10 de mai 2018 à l'attention de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 24 au 29 mai 2018) (ci-après, le « Rapport explicatif préliminaire révisé », disponible sur le site web de la HCCH à l'adresse <www.hcch.net>, sous l'Espace spécialisé « Jugements »).

<sup>4</sup> Procès-verbaux de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 24 au 29 mai 2018) (disponible sur le Portail sécurisé du site web de la HCCH à l'adresse <www.hcch.net>, sous la rubrique « 22<sup>e</sup> Session diplomatique »), Procès-verbal No 6, para. 44 à 51.

<sup>5</sup> « Convention sur les jugements : Rapport explicatif préliminaire révisé », établi par Francisco Garcimartín et Geneviève Saumier, Doc. prélim. No 1 de décembre 2018 à l'attention de la Vingt-deuxième session sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 18 juin au 2 juillet 2019) (ci-après, « Projet révisé de Rapport explicatif »), ci-dessus p. 10 du présent Cahier.

<sup>6</sup> Veuillez noter que les termes « jugement initial » et « jugement principal » seront utilisés de manière interchangeable dans le présent document.

<sup>7</sup> Le présent document ne traite pas des dommages-intérêts punitifs qui sont accordés pour sanctionner la conduite flagrante du défendeur. Les dommages-intérêts punitifs et exemplaires sont suffisamment traités à l'art. 10 du projet de Convention de 2018. Plus de discussions sur l'art. 10 et les condamnations au paiement d'une sanction se trouvent à la section V, scénario 2.

<sup>8</sup> L'octroi d'une réparation pécuniaire en cas de retard pourrait également faire l'objet d'une ordonnance subséquente du tribunal. Si tel est le cas, ces ordonnances seraient-elles des jugements « sur le fond » au sens de l'art. 3(1)(b), ou sont-elles analogues à une ordonnance relative aux dépens visée à l'art. 10 ? Ces questions ne sont pas abordées dans le présent document.



---

## Treatment of penalty orders that are imposed on the non-compliance with non-monetary judgments under the 2018 draft Convention

DRAWN UP BY THE PERMANENT BUREAU

*Preliminary Document No 3 of February 2019*

---

### I INTRODUCTION<sup>1</sup>

1 During the Special Commission meeting of May 2018, the *co-Rapporteurs* discussed the circulation of non-monetary judgments under the 2018 draft Convention,<sup>2</sup> referring to paragraph 76 of the Revised Preliminary Explanatory Report<sup>3</sup> (see Annex I). In particular, they raised a policy question as to whether orders for the payment of penalties for non-compliance with obligations in non-monetary judgments (Penalty Orders) could circulate under the draft Convention. The *co-Rapporteurs* invited the Special Commission to give directions on this matter.

2 Such penalties are payable to *parties* in some jurisdictions, but to *courts* or *public authorities* in others. The experts considered whether these Penalty Orders would be enforced generally, and in particular whether orders for the payment of penalties to the State would fall within the scope of the draft Convention. In this respect, some experts raised the further issue of asymmetric enforcement (*i.e.*, whether orders for payment to a judgment creditor would be covered by the draft Convention, whereas orders for payment to a court or public authority would not). Due to the different views expressed, the Special Commission reserved this issue for further reflection at the Diplomatic Session.<sup>4</sup> The *co-Rapporteurs* updated the Revised Draft Explanatory Report<sup>5</sup> (the relevant extract is included in

Annex II of this Note) to reflect the discussions at the meeting.

3 With a view to facilitating the consideration and discussion of this issue before and during the Diplomatic Session in June 2019, the Permanent Bureau has prepared this Note to provide background information and to help Members consider whether, and if so, how Penalty Orders will be specifically dealt with under the draft Convention. This Note will begin by outlining the issues to be discussed (see Section II), and then move on to examine the laws and practices of various jurisdictions in dealing with Penalty Orders (see Section III). Section IV will then turn to discuss cases concerning the enforcement of foreign Penalty Orders in certain jurisdictions. Having analysed the circulation of Penalty Orders under the draft Convention in Section V, Section VI will present conclusions and recommendations.

### II OUTLINE OF ISSUES

4 At the outset, it should be noted that this Note focuses only on Penalty Orders. In some States Penalty Orders may be included in the original judgment<sup>6</sup> as a “subsidiary” or “conditional” obligation, with the purpose of securing compliance with the main court obligations. Thus, an original judgment which imposes obligations – monetary or non-monetary – may also contain provisional/conditional “subsidiary” penalties or fines in anticipation of non-compliance.<sup>7</sup> These Penalty Orders are imposed before a breach of the primary obligation has occurred, and may or may not require a further court order to be made before they take effect (such as a subsequent order to fix the amount of the penalty to be paid). In other States it is more common for Penalty Orders to be made if and when the judgment debtor breaches the court-ordered obligation: the court of origin or a court of the State of origin makes a subsequent order providing for “penalties”. However, orders for the *payment of compensation for delay* in the performance of a court-imposed obligation will not be discussed in this Note: awards of this kind are purely compensatory of the loss sustained by the claimant, and as such, they are likely to be treated as damages and therefore enforceable under the draft Convention. Nevertheless, it is well acknowledged that in some cases it can be difficult to determine whether orders for a periodic payment for non-compliance are compensatory or penal.<sup>8</sup>

5 This Note will use four Scenarios to illustrate whether and how Penalty Orders would be enforced under the cur-

---

<sup>1</sup> The author is grateful to D. Goddard QC, Chair of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, and Professors G. Saumier, F. Garcimartin and T. Domej for their assistance in the preparation of this Note. Current and former interns at the Permanent Bureau (PB), Hana Mia, Sophie Yates, Charlotte Weinekötter and Coline Lopez have also contributed to this paper.

<sup>2</sup> Published as Work. Doc. No 262 REV, Revised draft Convention submitted by the Drafting Committee as of 28 May 2018, see Book 3, p. 318, of this tome.

<sup>3</sup> See “Judgments Convention: Revised Preliminary Explanatory Report”, drawn up by Francisco Garcimartin and Geneviève Saumier, Prel. Doc. No 10 of May 2018 for the attention of the Fourth Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (24-29 May 2018) (hereinafter, “Revised Preliminary Explanatory Report”, available on the HCCH website at <www.hcch.net>, under the “Judgments” Specialised Section).

<sup>4</sup> Minutes of the Fourth Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (24-29 May 2018) (available on the Secure Portal of the HCCH website at <www.hcch.net>, under “22<sup>nd</sup> Diplomatic Session”), Minutes No 6, paras 44-51.

<sup>5</sup> “Judgments Convention: Revised Draft Explanatory Report”, drawn up by Francisco Garcimartin and Geneviève Saumier, Prel. Doc. No 1 of December 2018 for the attention of the Twenty-Second Session on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (18 June – 2 July 2019) (hereinafter, “Revised Draft Explanatory Report”), *supra* p. 11 of this Book.

---

<sup>6</sup> Please note that the terms “original judgment” and “primary judgment” will be used interchangeably throughout this Note.

<sup>7</sup> This Note does not discuss punitive damages, which are awarded to penalise the egregious conduct of the defendant. Punitive and exemplary damages are sufficiently dealt with under Art. 10 of the 2018 draft Convention. More discussion about Art. 10 and Penalty Orders can be found in Section V, Scenario 2.

<sup>8</sup> Awards of compensation for delay could also be delivered in an additional court order. If this is the case, would these orders be judgments “on the merits” within the meaning of Art. 3(1)(b), or are they analogous to a cost order that is covered under Art. 10? These questions fall outside the discussion of this Note.

d'une sanction seraient exécutées dans la version actuelle du projet de Convention. L'État X est l'État d'origine et l'État Y, l'État requis. Chacun de ces scénarios repose sur deux hypothèses. Tout d'abord, les scénarios supposent que l'État X et l'État Y sont tous deux Parties au projet de Convention. Ensuite, ils supposent que la décision faisant l'objet d'une demande d'exécution est susceptible de satisfaire à l'un des critères de compétence prévus aux articles 5 et 6.

*Scénario 1* Le tribunal de l'État X rend une ordonnance enjoignant la Partie B de prendre (ou de s'abstenir de prendre) certaines mesures, mais cette ordonnance ne précise pas les conséquences de l'inexécution.

*Scénario 2* Le tribunal de l'État X rend une ordonnance enjoignant la Partie B de prendre (ou de s'abstenir de prendre) certaines mesures, mais cette ordonnance ne précise pas les conséquences de l'inexécution. Toutefois, une ordonnance subséquente du tribunal d'origine impose une sanction civile à la Partie B pour l'inexécution.

*Scénario 3* Le tribunal de l'État X rend une ordonnance enjoignant la Partie B de prendre (ou de s'abstenir de prendre) certaines mesures, et cette ordonnance précise les conséquences de l'inexécution (par ex. une sanction pécuniaire journalière de 1 000 dollars). Cette sanction n'est pas exigible en vertu du droit de l'État X tant que le tribunal de l'État X n'est pas invité à fixer, et tant qu'il ne fixe pas, le montant dû à la suite de l'inexécution.

*Scénario 4* Le tribunal de l'État X rend une ordonnance enjoignant la Partie B de prendre (ou de s'abstenir de prendre) certaines mesures, et cette ordonnance précise les conséquences de l'inexécution (par ex. une sanction pécuniaire journalière de 1 000 dollars). Cette sanction est exigible en vertu du droit de l'État X sans qu'il soit nécessaire que le tribunal de l'État X fixe le montant dû et sans que le tribunal soit tenu de rendre une ordonnance subséquente.

Il existe des variantes pour les scénarios 2, 3 et 4 dans lesquels les sanctions sont payables soit à la Partie A, soit à l'État. Ces questions seront examinées plus en détail à la section V.

6 Avant de se tourner vers les scénarios pour examiner les aspects litigieux des condamnations au paiement d'une sanction, il convient de souligner deux points. Premièrement, la condamnation rendue par le tribunal de l'État X sera régie par le projet de Convention à condition qu'elle porte sur des matières civiles ou commerciales et qu'elle ne constitue pas une mesure provisoire. Le projet de Convention de 2018 contient également (entre crochets) une exclusion potentiellement pertinente relative aux jugements statuant sur la violation des droits de propriété intellectuelle<sup>9</sup>. Deuxièmement, l'exécution des jugements de l'État X par les tribunaux de l'État Y implique l'exercice des pouvoirs coercitifs de l'État Y pour assurer l'exécution des obligations. Toutefois, si le droit de l'État Y ne prévoit pas de mesures équivalentes ou similaires, la version actuelle du projet de Convention n'oblige pas les tribunaux de l'État Y à accorder une mesure qui n'est pas prévue par son propre droit, ni à « créer de nouveaux types de mesures aux fins [du projet de] Convention »<sup>10</sup>. Au contraire, le tribunal de

l'État Y doit mettre en œuvre les moyens d'exécution disponibles en application de son « droit interne afin de donner tout l'effet possible au jugement étranger »<sup>11</sup>. Cet accord a été confirmé lors de la session plénière de la Commission spéciale<sup>12</sup>.

*Scénario 1* Le tribunal de l'État X rend une ordonnance enjoignant la Partie B de prendre (ou de s'abstenir de prendre) certaines mesures, mais cette ordonnance ne précise pas les conséquences de l'inexécution.

7 Que ferait un tribunal de l'État Y si la Partie A demandait l'exécution de cette ordonnance dans l'État Y, où la Partie B réside ou possède des biens ? Si le jugement obligeant la Partie B à prendre ou à s'abstenir de prendre certaines mesures est exécutoire en vertu du projet de Convention, il sera reconnu et exécuté dans l'État Y. Comme indiqué ci-dessus, la procédure de l'État requis s'appliquera à l'exécution du jugement<sup>13</sup>. Ces procédures comprennent les mesures prises par le tribunal pour s'assurer que le débiteur du jugement obéit au jugement étranger (telles que la saisie, la confiscation et la saisie-arrêt)<sup>14</sup> et les mécanismes de sanction prévus par la loi de l'État requis. Ainsi, dans le scénario 1, une fois que l'ordonnance a été reconnue ou exécutée dans l'État Y (ou que la force exécutoire du jugement a été déclarée), le tribunal de l'État Y pourrait imposer des sanctions à la Partie B conformément au droit de l'État Y si la Partie B ne se conforme pas au jugement.

8 Dans les scénarios 2 à 4, le tribunal de l'État X a également rendu des ordonnances concernant les sanctions applicables en cas d'inexécution de ses ordonnances primaires. La section V examine si et comment ces condamnations au paiement d'une sanction peuvent être exécutées dans l'État Y en vertu du projet de Convention. Pour placer cette analyse dans son contexte, la présente Note examine d'abord le traitement des condamnations au paiement d'une sanction dans différents États et territoires.

### III CONDAMNATION AU PAIEMENT D'UNE SANCTION DANS CERTAINS ÉTATS ET TERRITOIRES

9 Il est utile d'examiner comment les condamnations en cas d'inexécution des ordonnances initiales sont réglementées par les lois de certains États et territoires. La sous-section A décrit les lois et pratiques de plusieurs États et territoires (à titre d'exemple) qui ne permettent pas l'imposition d'une condamnation au paiement d'une sanction « subsidiaire » ou « conditionnelle » (semblable à la situation décrite dans le scénario 2). La sous-section B décrit les lois et pratiques de certains États et territoires qui permettent l'imposition d'une condamnation au paiement d'une sanction « conditionnelle » (semblable aux situations décrites dans les scénarios 3 et 4).

#### A Condamnation au paiement d'une sanction « subsidiaire » ou « conditionnelle »

10 Dans la plupart des États et territoires, les jugements ne prévoient pas de sanctions en cas d'inexécution. Cela ne

<sup>9</sup> En ce qui concerne les jugements statuant sur la violation d'un droit de propriété intellectuelle, la question de savoir si seules les mesures pécuniaires ordonnées dans le jugement devraient être reconnues et/ou exécutées en vertu du projet de Convention est toujours en cours de discussion.

<sup>10</sup> T. Hartley et M. Dogauchi, Rapport explicatif sur la *Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for* (ci-après, la « Convention Election de for de 2005 »), in *Actes et documents de la Vingtième session (2005)*, tome III, *Election de for*, Anvers – Oxford – Portland, Intersentia, 2010, p. 784 à 862 (ci-après, le « Rapport Hartley/Dogauchi »), à la p. 808, para. 89.

<sup>11</sup> *Ibid.* Voir également le Projet révisé de Rapport explicatif, para. 113. La question de l'adaptation des mesures en cas d'inexécution a été examinée lors de la Troisième réunion de la Commission spéciale et il a été décidé d'interpréter cette question de la même manière que dans la Convention Election de for de 2005 et le Rapport Hartley/Dogauchi, aux p. 784 et 786.

<sup>12</sup> Procès-verbaux de la Troisième réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 13 au 17 novembre 2018) (disponible sur le Portail sécurisé du site web de la HCCH, voir chemin d'accès indiqué à la note 4), Procès-verbal No 9, para. 18 à 31.

<sup>13</sup> Art. 14(1) du projet de Convention de 2018.

<sup>14</sup> Projet révisé de Rapport explicatif, para. 354.

rent version of the draft Convention. State X is the State of origin, and State Y is the requested State. Each of the Scenarios is based upon two assumptions. First, the Scenarios assume that both State X and State Y are Parties to the draft Convention. Secondly, they assume that the judgment sought to be enforced is capable of satisfying one of the jurisdictional filters in Articles 5 and 6.

*Scenario 1* The court in State X makes an order requiring Party B to take (or refrain from taking) certain action, but that order does not specify the consequences of non-compliance.

*Scenario 2* The court in State X makes an order requiring Party B to take (or refrain from taking) certain action, but that order does not specify the consequences of non-compliance. However, a subsequent order of the court of origin imposes a civil penalty on Party B for non-compliance.

*Scenario 3* The court in State X makes an order requiring Party B to take (or refrain from taking) certain action, and that order specifies the consequences of non-compliance (e.g., a penalty of USD 1,000 per day). The penalty is not payable under the law of State X until the court in State X is asked to fix, and does fix, the amount payable following non-compliance.

*Scenario 4* The court in State X makes an order requiring Party B to take (or refrain from taking) certain action, and that order specifies the consequences of non-compliance (e.g., a penalty of USD 1,000 per day). The penalty is payable under the law of State X without any need for the court in State X to fix the amount payable and does not require any further court order.

There are variants for Scenarios 2, 3 and 4 in which penalties become payable either to Party A or to the State. These will be discussed in more detail in Section V.

6 Before turning to the Scenarios to consider the contentious aspects of Penalty Orders, two points should be highlighted. First, the order delivered by the court of State X will be governed by the draft Convention provided that it relates to civil or commercial matters, and is not an interim measure. The 2018 draft Convention also contains (in square brackets) a potentially relevant exclusion relating to judgments ruling on the infringement of intellectual property rights.<sup>9</sup> Secondly, the enforcement of State X judgments by the courts of State Y involves the exercise of State Y's coercive power to ensure compliance. If, however, there are no equivalent or similar remedies available under the law of State Y, the current version of the draft Convention does not require the courts of State Y to grant a remedy that is not available under its own law, nor "create new kinds of remedies for the purpose of the [draft] Convention".<sup>10</sup> In-

<sup>9</sup> As for judgments ruling on the infringement of an intellectual property right, the issue of whether only monetary remedies ordered in the judgment should be recognised and/or enforced under the draft Convention is still pending discussion.

<sup>10</sup> T. Hartley and M. Dogauchi, Explanatory Report on the *Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements* (hereinafter, the "2005 Choice of Court Convention"), in *Proceedings of the Twentieth Session (2005)*, Tome III, *Choice of Court*, Antwerp – Oxford – Portland, Intersentia, 2010, pp. 785-863 (hereinafter, the "Hartley/Dogauchi Report"), at p. 809, para. 89.

stead, the court of State Y should apply the enforcement measures available under its "internal law in order to give as much effect as possible to the foreign judgment".<sup>11</sup> This understanding was confirmed at the plenary session of the Special Commission.<sup>12</sup>

*Scenario 1* The court in State X makes an order requiring Party B to take (or refrain from taking) certain action, but that order does not specify the consequences of non-compliance.

7 What would a court in State Y do if Party A were to seek the enforcement of this order in State Y, where Party B resides or has assets? If the judgment requiring Party B to take or refrain from taking certain action is enforceable under the draft Convention, then it will be recognised and enforced in State Y. As stated above, the procedure of the requested State will apply in relation to enforcement of the judgment.<sup>13</sup> Such procedures include the measures taken by the court to ensure the judgment debtor obeys the foreign judgment (such as seizure, confiscation, and attachment)<sup>14</sup> and sanction mechanisms available under the law of the requested State. Thus, in Scenario 1, once the order has been recognised or enforced in State Y (or the enforceability of the judgment has been declared), the court of State Y could impose penalties on Party B according to State Y's law if Party B failed to comply with the judgment.

8 In Scenarios 2 to 4 the court in State X has also made orders in relation to penalties for non-compliance with its primary orders. Section V discusses whether and how these penalty orders can be enforced in State Y under the draft Convention. To situate that analysis, this Note first explores the treatment of Penalty Orders in different jurisdictions.

### III PENALTY ORDERS ISSUED IN CERTAIN JURISDICTIONS

9 It is useful to examine how orders for non-compliance with primary orders are regulated under the laws of certain jurisdictions. Sub-section A outlines the laws and practices of several jurisdictions (as examples) which do not allow the imposition of "subsidiary" or "conditional" Penalty Orders (similar to the situation described in Scenario 2). Sub-section B discusses the laws and practices of certain jurisdictions that do allow the imposition of "conditional" Penalty Orders (similar to the situations described in Scenarios 3 and 4).

#### A No "subsidiary" or "conditional" Penalty Orders

10 In most jurisdictions, judgments do not provide for the penalties to be paid in the event of non-compliance. This

<sup>11</sup> *Ibid.* See also Revised Draft Explanatory Report, para. 113. The issue of adaptation of remedies was discussed at the Third Meeting of the Special Commission and it was decided to interpret this issue in the same manner as in the 2005 Choice of Court Convention and the Hartley/Dogauchi Report, at pp. 785 and 787.

<sup>12</sup> Minutes of the Third Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2018) (available on the Secure Portal of the HCCH website, see path indicated in note 4), Minutes No 9, paras 18-31.

<sup>13</sup> Art. 14(1) of the 2018 draft Convention.

<sup>14</sup> Revised Draft Explanatory Report, para. 354.

veut pas dire que ces États et territoires n'imposent pas par la suite des sanctions ou des amendes en cas d'inexécution. Sur demande du créancier du jugement ou d'office, le tribunal d'origine, un tribunal ou une autorité de l'État d'origine peut exiger du débiteur du jugement le paiement d'une certaine sanction ou d'une amende. C'est la pratique, par exemple, en droit chinois<sup>15</sup> et en droit coréen<sup>16</sup>.

11 Dans les États et territoires de *common law*, une amende civile pour outrage au tribunal peut être imposée en cas d'inexécution des ordonnances<sup>17</sup>. Par exemple, en Australie, la violation d'une ordonnance rendue par un tribunal peut fournir à une partie à la procédure préalable ou au Greffier un motif afin de demander une ordonnance déclarant que l'autre partie est coupable d'outrage au tribunal. En cas d'outrage, le tribunal peut imposer une ou plusieurs des sanctions disponibles, y compris une amende, une peine d'emprisonnement (lorsque le coupable est une personne physique) ou une mise sous séquestre (lorsque le coupable est une société)<sup>18</sup>. Cette action peut également être intentée d'office par le tribunal dans l'exercice de sa compétence inhérente (dont jouissent les diverses Cours supérieures des états) ou implicite (dont jouit la Cour fédérale).

## B Paiement d'une amende imposée sous forme de condamnation au paiement d'une sanction « conditionnelle »

### 1 Convention Benelux portant loi uniforme relative à l'astreinte

12 Dans la *Convention Benelux portant loi uniforme relative à l'astreinte* (ci-après, la « Convention Benelux »)<sup>19</sup>, l'astreinte est décrite comme le paiement d'une amende conditionnelle infligée par un tribunal civil à la demande d'une partie intéressée afin de contraindre la partie adverse à exécuter le jugement sur le fond<sup>20</sup>. Cette amende est indépendante de l'obligation principale du jugement et n'a aucun lien avec les dommages (et intérêts) que le créancier du jugement a subis ou subira. Voici quelques-uns des éléments clés de l'astreinte dans le cadre de la Convention Benelux.

- l'astreinte n'est jointe que sur demande des parties<sup>21</sup> ;
- l'astreinte ne peut être assortie d'obligations monétaires<sup>22</sup> ;
- l'astreinte est payable aux créanciers<sup>23</sup> ;
- l'astreinte peut être une somme fixe, ou déterminée par violation ou par unité de temps<sup>24</sup> ;
- le tribunal qui a ordonné l'astreinte peut la modifier s'il apparaît que l'obligation principale est impossible à exécuter<sup>25</sup>.

<sup>15</sup> Art. 253 du Code de procédure civile chinois.

<sup>16</sup> Art. 261 de la Loi coréenne sur l'exécution civile.

<sup>17</sup> Au Royaume-Uni, Règle 81 de procédure civile (*Civil Procedure Rule 81*) ; aux États-Unis d'Amérique, *18 U.S. Code § 2333 - Civil remedies* ; au Canada, Règles de procédure civile en Ontario, RRO 1990, Reg 194, art. 60.11, voir également *Carey c. Laiken*, 2015 SCC 17, para. 30 à 37.

<sup>18</sup> Voir Règles du Tribunal fédéral 2011 (Cth), Div. 42.2 ; Règles de la Cour suprême 1970 (NSW), Partie 55 ; Règles de la Haute Cour 2004 (Cth), Partie 11.

<sup>19</sup> La Convention Benelux a été signée le 26 novembre 1973, à La Haye, et est disponible sur le site web <www.benelux.int>.

<sup>20</sup> Art. 1 de l'annexe de la Convention Benelux.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> *Ibid.*, art. 3.

<sup>24</sup> *Ibid.*, art. 2.

<sup>25</sup> *Ibid.*, art. 4.

La Convention Benelux ne prévoit aucune procédure de quantification des astreintes.

13 À la suite de la Convention Benelux, des règles statutaires identiques en matière d'astreintes ont été adoptées en droits belge (astreinte/*dwangsom*)<sup>26</sup>, luxembourgeois (astreinte)<sup>27</sup> et néerlandais (*dwangsom*)<sup>28</sup>. L'interprétation uniforme des règles concernant l'astreinte dans les trois États est garantie par la Cour de justice du Benelux. Pour expliquer le fonctionnement des condamnations au paiement d'une sanction dans les États du Benelux, les pratiques et le droit néerlandais sont pris comme exemple.

### • Droit néerlandais

14 La *dwangsom* est considérée comme un moyen indirect d'exécuter un jugement. Elle est indirecte car elle n'accorde pas directement au créancier ce à quoi il a droit. Il s'agit d'un moyen d'exécuter un jugement (semblable à une saisie des biens du débiteur du jugement), car la *dwangsom* vise à encourager le débiteur du jugement à exécuter l'obligation principale fixée par le tribunal<sup>29</sup>. En tant que telle, elle est considérée comme améliorant l'efficacité des décisions judiciaires.

15 L'éventail des ordonnances judiciaires auxquelles une *dwangsom* peut être assortie est large. Toute décision judiciaire ordonnant à une personne, une entreprise ou même un organisme gouvernemental de faire, de donner ou de ne pas faire pourrait être exécutée au moyen d'une *dwangsom*. Ces ordonnances ont été rendues pour faire cesser les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, pour remettre un terrain sur lequel un bâtiment a été construit sans permis dans son état d'origine et pour régler les problèmes familiaux<sup>30</sup>.

16 En droit néerlandais, les jugements prévoyant des condamnations au paiement d'une sanction sont une sorte de jugement « deux en un »<sup>31</sup>. Ce n'est qu'à la demande du demandeur qu'un tribunal peut fixer une *dwangsom* dans son jugement principal, et cette *dwangsom* ne peut être fixée que pour des obligations non pécuniaires<sup>32</sup>. Si les juges décident de fixer une *dwangsom*, ils peuvent, dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation, déterminer le montant et les conditions dans lesquelles celle-ci devient exigible. Une *dwangsom* peut être fixée à un montant déterminé, par infraction ou par unité de temps. Par exemple, dans une affaire de la Cour suprême des Pays-Bas (*Hoge Raad*)<sup>33</sup>, tout en confirmant que le tribunal qui avait initialement fixé la *dwangsom* devait déterminer s'il était impossible pour le débiteur du jugement de se conformer à l'obligation, la

<sup>26</sup> Art. 1385 *bis* à *nonies* des dispositions du Code judiciaire belge. Voir également les discussions dans le Rapport Belge préparé par le professeur P. Wautelet, Rapport JLS/C4/2005/03 (disponible en anglais uniquement sur le site web <ec.europa.eu>). Question 4.1.11, « Étant donné que les tribunaux belges ordonnant au défendeur de faire ou de ne pas faire à l'étranger ajouteront dans la plupart des cas à l'ordonnance une condamnation au paiement d'une astreinte journalière en cas de violation de l'ordonnance initiale. [...] il est indiqué que les tribunaux belges ne verront aucune difficulté de principe à donner effet à une ordonnance étrangère inverse (ordonner à une partie de faire ou de ne pas faire et ajouter une astreinte journalière à l'ordonnance principale). » [*Traduction du Bureau Permanent.*]

<sup>27</sup> Art. 2059 à 2066 du Code civil luxembourgeois.

<sup>28</sup> Art. 611(a) à (h) du Code de procédure civile néerlandais.

<sup>29</sup> T. Jongbloed, « The Netherlands », dans M. Andenas, B. Hess et P. Oberhammer (dir. pub.), *Enforcement Agency Practice in Europe*, Londres, BIIC, 2005, p. 205 à 207.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 206.

<sup>31</sup> Il en va de même pour la Belgique et le Luxembourg.

<sup>32</sup> Art. 611(a)(1) du Code de procédure civile néerlandais. Il convient de noter qu'en Belgique, la *dwangsom*/l'astreinte n'est pas non plus autorisée dans le cadre de l'exécution d'un contrat de travail, voir art. 1385 *bis* du Code judiciaire belge.

<sup>33</sup> Cour suprême des Pays-Bas, ECLI:NL:HR:2017:2455.

does not mean that those jurisdictions do not later impose penalties or fines should non-compliance occur. Upon a request made by the judgment creditor or *ex officio*, the court of origin or a court or an authority of the State of origin may require the judgment debtor to pay a certain penalty or fine. This is the practice, for example, under Chinese law<sup>15</sup> and Korean law.<sup>16</sup>

11 In common law jurisdictions, a civil fine for contempt of court may be imposed for failure to comply with court orders.<sup>17</sup> For example in Australia, the breach of a court order may provide a party to the underlying proceedings or the Registrar with a basis to apply for an order finding that the other party is in contempt of court. If contempt is made out, the court may impose one or more of the available sanctions including a fine, imprisonment (where the contemnor is a natural person) or sequestration (where the contemnor is a corporation).<sup>18</sup> This action can also be taken by the court of its own motion in the exercise of its inherent jurisdiction (enjoyed by the various superior state courts) or implied jurisdiction (enjoyed by the Federal Court).

## B Penalty payment imposed as “conditional” Penalty Orders

### 1 Benelux Convention providing a uniform law on penalty payments (*astreinte*)

12 In the Benelux Convention providing a uniform law on penalty payments (hereinafter the “Benelux Convention”),<sup>19</sup> *astreinte* is described as a conditional penalty payment imposed by a civil court at the request of an interested party in order to compel the opposing party to comply with the judgment on the merits.<sup>20</sup> It is independent from the main obligation of the judgment and has no connection to the damages (and interest) that the judgment creditor suffered or will suffer. The following are some of the key elements of *astreinte* under the Benelux Convention:

- *astreinte* is only attached per request of the parties;<sup>21</sup>
- *astreinte* cannot be attached to monetary obligations;<sup>22</sup>
- *astreinte* is payable to the creditors;<sup>23</sup>
- *astreinte* can be a fixed amount, or set per violation or per time unit;<sup>24</sup>
- the court that attached *astreinte* can modify it if it appears that the main obligation is impossible to perform.<sup>25</sup>

<sup>15</sup> Art. 253 of the Chinese Civil Procedure Law.

<sup>16</sup> Art. 261 of the Korean Civil Execution Act.

<sup>17</sup> In the United Kingdom, Civil Procedure Rule 81; in the United States of America, 18 U.S. Code § 2333 – Civil remedies; in Canada, Ontario Rules of Civil Procedure, RRO 1990, Reg 194, s. 60.11, see also *Carey v. Laiken*, 2015 SCC 17, paras 30-37.

<sup>18</sup> See *Federal Court Rules 2011 (Cth)*, Div 42.2; *Supreme Court Rules 1970 (NSW)*, Part 55; *High Court Rules 2004 (Cth)*, Part 11.

<sup>19</sup> The Benelux Convention was signed on 26 November 1973, in The Hague, and is available at <[www.benelux.int](http://www.benelux.int)>.

<sup>20</sup> Art. 1 of the Annex of the Benelux Convention.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> *Ibid.*, Art. 3.

<sup>24</sup> *Ibid.*, Art. 2.

<sup>25</sup> *Ibid.*, Art. 4.

The Benelux Convention does not lay down any procedure for the quantification of penalty payments.

13 As a result of the Benelux Convention, identical statutory rules on penalty payments have been adopted under Belgian (*astreinte/dwangsom*),<sup>26</sup> Luxembourg (*astreinte*)<sup>27</sup> and Dutch law (*dwangsom*).<sup>28</sup> The uniform interpretation of the rules concerning *astreinte* in the three countries is guaranteed by the Benelux Court of Justice. To explain how Penalty Orders operate within the Benelux countries, Dutch law and practices are taken as an example.

#### • Dutch law

14 *Dwangsom* is considered to be an indirect means of enforcing a judgment. It is indirect because it does not directly grant the creditor that to which it is entitled. It is a means of enforcing a judgment (similar to a seizure of the assets of the judgment debtor), because the intention of a *dwangsom* is to encourage the judgment debtor to perform the main obligation established by the court.<sup>29</sup> As such, it is considered to enhance the efficiency of judicial decisions.

15 The range of court orders to which a *dwangsom* can be attached is broad. Any court decision ordering a person, a company or even a governmental body to do, give or refrain from doing something, could be enforced by means of a *dwangsom*. Such orders have been issued to stop infringements of intellectual property rights, to restore a piece of land on which a building has been built without a permit to its original condition, and to family-related matters.<sup>30</sup>

16 Under Dutch law, judgments containing Penalty Orders are a sort of “two in one” judgment.<sup>31</sup> Only at the request of the plaintiff can a court attach a *dwangsom* in its main judgment, and the *dwangsom* can only be attached in relation to non-monetary obligations.<sup>32</sup> If judges decide to impose a *dwangsom*, they can determine the amount and the conditions under which it becomes due at their discretion. A *dwangsom* can be set in a fixed amount, per infringement or per unit of time. For example, in a Dutch Supreme Court (*Hoge Raad*) case,<sup>33</sup> while confirming that the court which originally attached the *dwangsom* should determine whether it is impossible for the judgment debtor to comply

<sup>26</sup> Art. 1385bis-*nonies* of the Belgian Judicial Code Provisions. See also discussions in the Report Belgium prepared by Prof. P. Wautelet, Study JLS/C4/2005/03 (available at <[ec.europa.eu](http://ec.europa.eu)>). Question 4.1.11, “Since Belgian courts ordering a defendant to do something or to refrain from doing something abroad will in most cases add to the order an order for the payment of a daily penalty fine in case of violation of the primary order. [...] it is submitted that Belgian courts will see no difficulty of principle in granting effect to a reverse foreign order (ordering a party to do or to refrain from doing something and adding a daily penalty fine to the main order).”

<sup>27</sup> Arts 2059-2066 of the Civil Code of Luxembourg.

<sup>28</sup> Art. 611(a)-(h) of the Dutch Code of Civil Procedure.

<sup>29</sup> T. Jongbloed, “The Netherlands”, in M. Andenas, B. Hess and P. Oberhammer (eds.), *Enforcement Agency Practice in Europe*, London, BIIIC, 2005, pp. 205-207.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 206.

<sup>31</sup> The same applies for Belgium and Luxembourg.

<sup>32</sup> Art. 611(a)(1) of the Dutch Code of Civil Procedure. It should be noted that in Belgium, *dwangsom/astreinte* is also not allowed in relation to the performance of an employment contract, see Art. 1385 bis of the Belgian Judicial Code Provisions.

<sup>33</sup> Dutch *Hoge Raad*, ECLI:NL:HR:2017:2455.

Cour suprême a décidé que *le tribunal procédant à l'exécution* pouvait examiner si les conditions dans lesquelles la *dwangsom* est due sont remplies et si la décision dans laquelle elle est fixée, compte tenu des nouvelles circonstances, est actualisée et exécutable. En l'espèce, le tribunal de première instance avait ordonné au débiteur de livrer un certain nombre de biens qu'il possédait au créancier. Dans le jugement, le tribunal a fixé une somme de 50 euros par jour jusqu'à un maximum de 10 000 euros pour chaque jour où les biens n'ont pas été livrés au créancier.

17 Dans les cas où le débiteur du jugement est en défaut, le créancier du jugement pourrait alors recouvrer la *dwangsom*, mais ce recouvrement doit être initié dans un délai de six mois afin d'éviter que l'attitude passive du créancier n'entraîne l'exigibilité d'un grand nombre de sanctions<sup>34</sup>. Étant donné que le titre exécutoire permettant le recouvrement de l'astreinte est la décision judiciaire fixant cette astreinte, le créancier du jugement n'a pas besoin de la faire quantifier avant l'exécution<sup>35</sup>. Dans la pratique, le créancier du jugement doit demander à l'huissier de justice de recouvrer la *dwangsom* due. Un juge intervient à nouveau si le débiteur du jugement conteste la violation ou si l'exécution est inefficace.

## 2 Droit français

18 Le droit français permet à un tribunal de fixer une astreinte en cas d'inexécution de l'obligation principale d'un jugement<sup>36</sup>. Une astreinte provisoire, qui est un montant hypothétique, serait incluse dans le jugement initial afin d'encourager l'exécution. L'astreinte surviendrait lorsque le débiteur du jugement ne se conforme pas ou est en retard dans l'exécution des obligations imposées par le tribunal. Dans ces circonstances, le créancier du jugement doit demander au tribunal français de fixer le montant définitif de l'astreinte pendant la procédure d'exécution (astreinte définitive). L'astreinte définitive ne peut être fixée que si une astreinte provisoire a déjà été fixée et pour une durée limitée déterminée par le juge. Contrairement aux astreintes provisoires, le montant des astreintes définitives ne peut être modifié une fois liquidé<sup>37</sup>.

19 La liquidation de l'astreinte transforme la menace d'une sanction pécuniaire en dette réelle en cas d'inexécution<sup>38</sup>. La liquidation doit être demandée par le créancier du jugement. Le juge du tribunal d'exécution est compétent pour liquider l'astreinte, sauf si le juge qui a ordonné l'astreinte est toujours compétent ou demande à rester compétent pour la liquidation<sup>39</sup>. Il se peut que le montant final de l'astreinte soit inférieur au montant « hypothétique » du jugement initial<sup>40</sup>.

20 Voici quelques-uns des éléments clés de l'astreinte en droit français :

- l'astreinte est indépendante des dommages et intérêts<sup>41</sup> ;

- l'astreinte est payable au créancier du jugement<sup>42</sup> ;
- l'astreinte peut être fixée à la demande de la partie ou d'office par le tribunal<sup>43</sup> ;
- l'astreinte peut être assortie d'obligations pécuniaires et non pécuniaires ;
- l'astreinte ne peut être exécutée tant que le tribunal ne l'a pas « liquidée » à l'expiration du délai imparti au débiteur pour l'exécuter.

## 3 Droit allemand

21 Le droit allemand établit une distinction entre les « sanctions » infligées en cas d'inexécution des décisions de justice pour des actes qui ne peuvent pas être accomplis par des tiers (par ex. la reddition de comptes ou la communication d'informations particulières) (*Zwangsgeld*)<sup>44</sup> et les ordonnances qui obligent le débiteur du jugement à cesser et à renoncer aux actions ou à tolérer des actes (*Ordnungsgeld*)<sup>45</sup>. L'*Ordnungsgeld* est l'amende disciplinaire infligée par les tribunaux de première instance au débiteur du jugement qui refuse d'exécuter l'acte. Contrairement à la *Zwangsgeld*, l'imposition de l'*Ordnungsgeld* (par ex. lorsque le débiteur désobéit à une injonction émise par le tribunal) oblige le tribunal de première instance à donner un avertissement au débiteur. Cela peut être fait dans le jugement initial<sup>46</sup>. Contrairement à l'astreinte française, l'avertissement ne donne souvent qu'un aperçu général du montant.

22 Certains des éléments clés de la *Zwangsgeld* et de l'*Ordnungsgeld* peuvent être résumés comme suit :

- la *Zwangsgeld* et l'*Ordnungsgeld* font l'objet d'une ordonnance<sup>47</sup> ;
- la *Zwangsgeld* et l'*Ordnungsgeld* sont de nature punitive et pénale, payables aux tribunaux<sup>48</sup>.

## 4 Droit suisse

23 Le droit suisse prévoit trois options pour l'exécution des jugements ordonnant une mesure injonctive, y compris la possibilité de prononcer une menace de sanction civile<sup>49</sup>. Ces sanctions sont payées au tribunal et non au créancier du jugement. Par exemple, dans une affaire de concurrence déloyale, le tribunal de commerce du canton d'Argovie a prononcé une injonction préliminaire contre le défendeur pour l'empêcher d'utiliser l'étiquette controversée et l'a condamné à payer une amende disciplinaire de 1 000 CHF par jour d'inexécution de cette injonction. Dans sa décision finale, le tribunal a condamné le défendeur à payer une

<sup>34</sup> Art. 611(i) du Code de procédure civile néerlandais ; voir également T. Jongbloed (*op. cit.* note 29), p. 207.

<sup>35</sup> Art. 611(c) du Code de procédure civile néerlandais. Il y a la même pratique en Belgique, art. 1385 *quater* du Code judiciaire belge.

<sup>36</sup> Art. L131-1 à 4 du Code de procédure civile français, voir A. Bruns, 118 ZJP (2005), 1, 9-10. Voir également A. Dickinson et E. Lein (dir. pub.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015, para. 13.507.

<sup>37</sup> M. Niboyet et S. Lacassagne, « France », dans M. Andenas, B. Hess et P. Oberhammer (dir. pub.) (*op. cit.* note 29), p. 161.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 162.

<sup>39</sup> Art. L131-3 du Code de procédure civile français.

<sup>40</sup> Voir A. Dickinson et E. Lein (dir. pub.) (*op. cit.* note 36), para. 13.507.

<sup>41</sup> Art. L131-3 du Code de procédure civile français.

<sup>42</sup> R. Perrot, « L'astreinte. Ses aspects nouveaux », *Gaz. Pal.* 1991. 2. Doctr. 801, spéc. p. 806. (« l'astreinte est en France une sanction pécuniaire qui tombe directement et exclusivement dans la caisse du créancier en plus des intérêts compensatoires et des intérêts légaux qui sont dus à raison du retard dans l'exécution de l'obligation »).

<sup>43</sup> Art. L131-3 du Code de procédure civile français.

<sup>44</sup> Art. 888 (*Zwangsgeld*) du Code de procédure civile allemand.

<sup>45</sup> *Ibid.*, art. 890 (*Ordnungsgeld*).

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> *Ibid.*, art. 891.

<sup>48</sup> *Bundesgerichtshof* (Cour suprême fédérale allemande), décision du 10 mai 2017, numéro de dossier XII ZB 62/17 ; *Bundesverfassungsgericht* (Cour constitutionnelle fédérale allemande), décision du 9 mai 2017, dossier numéro 2 BvR 335/17.

<sup>49</sup> Les trois options sont : l'art. 343(1)(a) du Code de procédure civile suisse prévoit la menace d'une amende pénale (art. 292 du Code pénal suisse), qui semble comparable à un outrage au tribunal, et l'amende est imposée par le tribunal pénal ; l'art. 343(1)(b) impose une amende d'ordre de 5 000 CHF au plus ; l'art. 343(1)(c) prévoit une amende d'ordre de 1 000 CHF au plus pour chaque jour d'inexécution par le débiteur de l'ordonnance.

with the obligation, the Supreme Court ruled that *the enforcing court* may investigate whether the conditions under which the *dwangsom* is due are fulfilled, and whether the ruling in which the *dwangsom* is imposed, in light of the new circumstance, is up to date and is executable. The court of first instance in this case ordered the debtor to deliver a number of properties which he owned to the creditor. In the judgment, the court attached a *dwangsom* of 50 euros per day up to a maximum of 10,000 euros for each day that the properties remained undelivered to the creditor.

17 In cases where the judgment debtor is in default, the judgment creditor could then collect the *dwangsom*, but the collection needs to be initiated within six months so as to prevent a passive creditor's attitude leading to a large amount of penalties becoming due.<sup>34</sup> Since the enforceable instrument permitting recovery of the penalty payment is the judicial decision imposing that penalty, the judgment creditor does not need to have the penalty payment quantified prior to enforcement.<sup>35</sup> In practice, the judgment creditor needs to request the bailiff to collect the *dwangsom* due. A judge becomes involved again if the judgment debtor contests the violation or if the execution is ineffective.

## 2 French law

18 French law allows a court to impose an *astreinte* for non-compliance with the main obligation of a judgment.<sup>36</sup> A provisional *astreinte* (*astreinte provisoire*), which is a hypothetical amount, would be included in the original judgment to encourage performance. The *astreinte* will arise when the judgment debtor does not comply with or is delayed in performing the obligations imposed by the court. Under these circumstances, the judgment creditor must apply to the French court to fix the definitive amount of the *astreinte* during the enforcement proceedings (liquidation: *astreinte définitive*). The *astreinte définitive* can only be imposed after an *astreinte provisoire* has already been delivered and for a limited period determined by the judge. Unlike *astreintes provisoires*, the amount of *astreintes définitives* cannot be modified once liquidated.<sup>37</sup>

19 The liquidation of the *astreinte* transforms the threat of a pecuniary penalty into a real debt in the event of non-compliance.<sup>38</sup> The liquidation must be requested by the judgment creditor. The judge of the execution court is competent to liquidate the *astreinte*, except if the judge who ordered the *astreinte* is still competent, or asks to remain competent for the liquidation.<sup>39</sup> It could be the case that the final amount of the *astreinte* is lower than the "hypothetical" amount of the original judgment.<sup>40</sup>

20 The following are some of the key elements of the *astreinte* under French law:

- *astreinte* is independent of damages;<sup>41</sup>

<sup>34</sup> Art. 611(i) of the Dutch Code of Civil Procedure; see also T. Jongbloed (*op. cit.* note 29), p. 207.

<sup>35</sup> Art. 611(c) of the Dutch Code of Civil Procedure. The same practice exists in Belgium, Art. 1385 *quater* of the Belgian Judicial Code Provisions.

<sup>36</sup> Arts L131-1 to 4 of the French Code of Civil Procedure, see A. Bruns, 118 ZJP (2005), 1, 9-10. See also A. Dickinson and E. Lein (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015, para. 13.507.

<sup>37</sup> M. Niboyet and S. Lacassagne, "France", in M. Andenas, B. Hess and P. Oberhammer (eds.) (*op. cit.* note 29), p. 161.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 162.

<sup>39</sup> Art. L131-3 of the French Code of Civil Procedure.

<sup>40</sup> See A. Dickinson and E. Lein (eds.) (*op. cit.* note 36), para. 13.507.

<sup>41</sup> Art. L131-2 of the French Code of Civil Procedure.

- *astreinte* is payable to the judgment creditor;<sup>42</sup>
- *astreinte* can be attached at the request of the party, or by the court on its own motion;<sup>43</sup>
- *astreinte* can be attached to both monetary and non-monetary obligations;
- *astreinte* cannot be enforced until the court has "liquidated" it at the end of the period given to the debtor to perform.

## 3 German law

21 German law distinguishes between "penalties" imposed for the failure to comply with court judgments for actions that may not be taken by others (*e.g.*, the rendering of an account or giving of particular information) (*Zwangsgeld*),<sup>44</sup> and for orders which force the judgment debtor to cease and desist from actions, or to tolerate actions (*Ordnungsgeld*).<sup>45</sup> *Ordnungsgeld* is the disciplinary fine imposed by the first instance courts on the judgment debtor who refuses to perform the act. Unlike *Zwangsgeld*, the imposition of *Ordnungsgeld* (*e.g.*, when the debtor disobeys an injunction order issued by the court) requires the court of first instance to provide a warning to the debtor. This may be done in the original judgment.<sup>46</sup> Unlike the French *astreinte*, the warning often indicates only a broad outline of the amount.

22 Some of the key elements of *Zwangsgeld* and *Ordnungsgeld* can be summarised as follows:

- the decisions on *Zwangsgeld* and *Ordnungsgeld* will be delivered by a court order;<sup>47</sup>
- *Zwangsgeld* and *Ordnungsgeld* are punitive and penal in nature, payable to courts.<sup>48</sup>

## 4 Swiss law

23 Swiss law provides for three options for enforcing judgments ordering injunctive relief, including the possibility of issuing a threat of civil penalty.<sup>49</sup> Such penalties are paid to the court, not to the judgment creditor. For example, in an unfair competition case, the Commercial Court of the Canton of Aargau issued a preliminary injunction against the defendant to prevent the defendant from using the controversial label, and ordered him to pay a disciplinary fine of CHF 1,000 for each day of non-compliance with the injunction. In the final decision of the court, the defen-

<sup>42</sup> R. Perrot, "L'astreinte. Ses aspects nouveaux", *Gaz. Pal.* 1991. 2. Doctr. 801, esp. p. 806 ("L'astreinte est en France une sanction pécuniaire qui tombe directement et exclusivement dans la caisse du créancier en plus des intérêts compensatoires et des intérêts légaux qui sont dus à raison du retard dans l'exécution de l'obligation"). In France, *astreinte* or a periodic penalty payment is a monetary penalty imposed on the debtor for delay in compliance with an obligation. The periodic penalty payment is automatically awarded to the creditor in addition to compensatory and statutory damages [*translation by the Permanent Bureau*].

<sup>43</sup> Art. L131-1 of the French Code of Civil Procedure.

<sup>44</sup> Art. 888 (*Zwangsgeld*) of the German Code of Civil Procedure.

<sup>45</sup> *Ibid.*, Art. 890 (*Ordnungsgeld*).

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> *Ibid.*, Art. 891.

<sup>48</sup> *Bundesgerichtshof* (German Federal Supreme Court), Decision of 10 May 2017, file number XII ZB 62/17; *Bundesverfassungsgericht* (German Federal Constitutional Court), Decision of 9 May 2017, file number 2 BvR 335/17.

<sup>49</sup> The three options are: Art. 343(1)(a) of the Swiss Code of Civil Procedure imposes the threat of criminal fine (under Art. 292 of the Swiss Criminal Code), which seems comparable to contempt of court, and the fine is imposed by the criminal court; Art. 343(1)(b) imposes a one-time penalty up to CHF 5,000; Art. 343(1)(c) imposes a penalty payment of up to CHF 1,000 for each day on which the debtor violates the order contained in the judgment.

amende de 48 000 CHF « pour inexécution de l'interdiction du tribunal pendant 48 jours ». Le Tribunal fédéral suisse a jugé qu'une amende disciplinaire était justifiée étant donné que le défendeur ne s'était pas conformé à l'ordonnance du tribunal de commerce<sup>50</sup>. Il convient de noter que bien que ce jugement concerne l'exécution des mesures préliminaires émises *ex parte*, qui ne relève pas du champ d'application du projet de Convention, les principes énoncés par le Tribunal fédéral concernant l'exécution s'appliqueraient vraisemblablement également aux jugements définitifs accordant une mesure injonctive.

24 Dans un jugement dans lequel la Cour d'appel du canton de Zurich a examiné la légalité d'une amende en vertu de l'article 343(1)(b) et (c) dans le cadre d'une procédure de transaction, le tribunal a distingué une menace de peine en vertu de l'article 343(1)(a) et une menace d'amende en vertu de l'article 343(1)(b) et (c). Elle a souligné que, contrairement à la menace de peine prévue à l'article 343(1)(a), l'amende prévue à l'article 343(1)(b) et (c) ne revêt pas un caractère punitif. En observant que le montant de l'amende n'est pas mesuré en fonction de la culpabilité, en raison de son caractère non punitif, la Cour d'appel a estimé qu'une amende en vertu de l'article 343(1)(b) et (c) devrait être moins sévère que la menace de peine prévue à l'article 343(1)(a)<sup>51</sup>.

## 5 Résumé

25 Trois caractéristiques des condamnations au paiement d'une sanction sont pertinentes pour l'examen du projet de Convention. Premièrement, bien que ces condamnations soient traitées différemment selon les législations nationales, elles ont une chose en commun : elles sont indépendantes des dommages et intérêts accordés par le tribunal d'origine<sup>52</sup>.

26 Deuxièmement, les condamnations au paiement d'une sanction peuvent figurer soit dans le jugement principal, soit être prononcées dans une ordonnance subséquente. Dans certains États et territoires (par ex. aux Pays-Bas et en Belgique), les condamnations au paiement d'une sanction figurent dans le jugement principal et ne sont pas prononcées dans une ordonnance distincte (jugement « deux en un »). Elles sont conçues pour encourager/contraindre le débiteur du jugement à exécuter l'ordonnance du tribunal. Les lois de ces États et territoires n'exigent pas que le montant soit liquidé aux fins d'exécution.

27 Dans plusieurs autres États et territoires, les condamnations au paiement d'une sanction sont rendues séparément, bien qu'elles fassent partie des jugements initiaux qui doivent être imposées à titre d'obligation subsidiaire ou conditionnelle. Dans ces systèmes (par ex. en droit français), une astreinte ne peut être exécutée qu'une fois le montant liquidé par le tribunal, de sorte qu'il y aura généralement un jugement distinct. De même, en droit allemand, la *Zwangsgeld* et l'*Ordnungsgeld* sont imposées par des jugements distincts.

28 Troisièmement, si certaines condamnations au paiement d'une sanction sont payables aux créanciers du jugement, tel est le cas en droit néerlandais pour la *dwangsom*

et en droits belge et français pour l'astreinte, d'autres sont payables aux tribunaux ou aux autorités, c'est le cas du droit suisse et du droit allemand pour la *Zwangsgeld* et l'*Ordnungsgeld*.

## IV EXÉCUTION DES CONDAMNATIONS AU PAIEMENT D'UNE SANCTION DANS CERTAINS ÉTATS ET TERRITOIRES

29 Des condamnations au paiement d'une sanction étrangères ont été exécutées dans certains États et territoires. Souvent, les questions soulevées dans les affaires disponibles concernent la nature de ces condamnations et la question de savoir si ces dernières sont exécutoires en vertu du droit de l'État requis.

### 1 Union européenne

30 Le Règlement Bruxelles I *bis* dispose que « [l]es décisions rendues dans un État membre condamnant à une astreinte ne sont exécutoires dans l'État membre requis que si le montant en a été définitivement fixé par la juridiction d'origine »<sup>53</sup>.

31 Étant donné que certaines condamnations au paiement d'une sanction sont payables à des tribunaux ou à des États, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a clarifié la question de savoir si ces condamnations au paiement d'une sanction peuvent également circuler en vertu du Règlement Bruxelles I. L'affaire *Realchemie Nederland BV c. Bayer*<sup>54</sup> concernait l'exécution de six décisions allemandes aux Pays-Bas relatives à une prétendue violation de brevet. Le tribunal allemand a rendu une ordonnance provisoire interdisant à Realchemie d'importer, de posséder ou de commercialiser certains pesticides en Allemagne. L'ordonnance a été rendue sous peine d'amende. Le tribunal a également ordonné à Realchemie de fournir des détails sur ses transactions commerciales concernant les pesticides et de transférer ses stocks sous la garde des tribunaux. Ayant conclu que Realchemie ne s'était pas conformée aux ordonnances susmentionnées, le tribunal allemand a condamné Realchemie au paiement d'une amende de 20 000 euros (*Ordnungsgeld*) conformément à l'article 890 du Code de procédure civile allemand (ZPO), qui devait être versée au tribunal, et au paiement d'une astreinte de 15 000 euros (*Zwangsgeld*) conformément à l'article 888 du ZPO. Bayer a engagé une procédure d'exécution aux Pays-Bas pour faire exécuter et recouvrer ces amendes auprès de Realchemie.

32 Dans le cadre de la procédure d'exécution, Realchemie a notamment fait valoir que Bayer n'était pas en droit de demander l'exécution de l'ordonnance infligeant l'amende étant donné que les amendes étaient payables à la caisse du tribunal allemand. Le *Rechtbank 's-Hertogenbosch* néerlandais a toutefois estimé que le fait que l'ordonnance imposait à Realchemie de payer une amende de 20 000 euros au tribunal ne portait en rien atteinte au droit et à l'intérêt de Bayer à ce que Realchemie paie effectivement l'amende au tribunal, ce qui constituait une incitation au respect de l'ordonnance de base, et que Bayer pouvait donc poursuivre aux Pays-Bas l'exécution de l'ordonnance.

<sup>50</sup> BGE 142 III 587 E. 3, (BGer Urteil 4A\_406/2015 du 11 juillet 2016), l'affaire est disponible (en allemand uniquement) sur le site web <www.bger.ch>. Le Tribunal fédéral a également jugé que le montant de l'amende doit être proportionné, compte tenu de l'ampleur de la violation.

<sup>51</sup> *Beschluss und Urteil des OG ZH RV160005-O/U*, 10 août 2016.

<sup>52</sup> Les dommages et intérêts sont les réparations pécuniaires souvent accordées par les tribunaux. Tant qu'elles sont de nature compensatoire, donc non punitives, elles seront couvertes par le projet de Convention (art. 10 du projet de Convention).

<sup>53</sup> Règlement (UE) No 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte) (ci-après, le « Règlement Bruxelles I *bis* »), art. 55. Des dispositions similaires étaient également prévues dans les versions antérieures du Règlement Bruxelles I : par ex. Règlement (CE) No 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après, le « Règlement Bruxelles I »), art. 49.

<sup>54</sup> Arrêt du 18 octobre 2011, *Realchemie Nederland BV c. Bayer CropScience AG*, C-406/09, ECLI:EU:C:2011:668. Voir A. Dickinson et E. Lein (dir. pub.) (*op. cit.* note 36), para. 13.512.



dant was ordered to pay a fine of CHF 48,000 “for non-compliance with the court prohibition for 48 days”. The Swiss Federal Supreme Court ruled that a disciplinary fine was justifiable, because the defendant did not comply with the order of the Commercial Court.<sup>50</sup> It should be noted that although this judgment concerns the enforcement of preliminary measures issued *ex parte*, which falls outside the scope of the draft Convention, the principles outlined by the Federal Court concerning enforcement would presumably also apply to final judgments granting injunctive relief.

24 In a judgment where the High Court of Appeal of the Canton of Zurich looked into the lawfulness of a fine pursuant to Article 343(1)(b) and (c) in a settlement proceeding, the court distinguished a threat of punishment under Article 343(1)(a) and a threat of a fine under Article 343(1)(b) and (c). It pointed out that, unlike the threat of punishment under Article 343(1)(a), the fine of Article 343(1)(b) and (c) does not have a punitive character. By observing that the amount of the fine is not being measured according to culpability, because of its non-punitive character, the High Court found that a fine pursuant to Article 343(1)(b) and (c) should be less severe than the threat of punishment under Article 343(1)(a).<sup>51</sup>

## 5 Summary

25 Three characteristics of Penalty Orders are relevant to discussions of the draft Convention. First, although Penalty Orders are dealt with differently under national laws, they have one thing in common: they are independent of damages and interest awarded by the court of origin.<sup>52</sup>

26 Secondly, Penalty Orders can be issued either in the primary judgment or as a subsequent order. In certain jurisdictions (e.g., the Netherlands and Belgium), Penalty Orders are issued in the primary judgment and not as separate orders (a “two in one” judgment). They are designed to encourage/compel the judgment debtor to comply with the court order. The laws of those jurisdictions do not require the amount to be liquidated for the purposes of enforcement.

27 In several other jurisdictions, Penalty Orders are issued separately, although they are part of the original judgments to be imposed as a type of subsidiary or conditional obligation. Under those systems (e.g., French law), an *astreinte* can only be enforced once the amount is liquidated by the court, thus there will mostly be a separate judgment. Similarly, under German law, *Zwangsgeld* and *Ordnungsgeld* are imposed in separate judgments.

28 Thirdly, while some Penalty Orders are payable to judgment creditors, such as *dwangsom* under Dutch law and

*astreinte* under Belgian and French law, other Penalty Orders are payable to courts or authorities, such as Swiss law, and *Zwangsgeld* and *Ordnungsgeld* under German law.

## IV ENFORCEMENT OF PENALTY ORDERS IN CERTAIN JURISDICTIONS

29 Foreign Penalty Orders have been enforced in certain jurisdictions. Often, the issues raised in the available cases concern the nature of these orders and whether they are enforceable under the law of the requested State.

### 1 The European Union

30 The Brussels I Recast Regulation states that “[a] judgment given in a Member State which orders a payment by way of a penalty shall be enforceable in the Member State addressed only if the amount of the payment has been finally determined by the court of origin”.<sup>53</sup>

31 Since some Penalty Orders are payable to courts or States, the question as to whether such orders can also circulate under the Brussels I Regulation was clarified by the Court of Justice of the European Union (CJEU). The *Realchemie Nederland BV v. Bayer* case<sup>54</sup> concerned the enforcement of six German court orders in the Netherlands in relation to an alleged patent infringement. The German court issued an interim order prohibiting Realchemie from importing into, possessing or marketing certain pesticides in Germany. The Order was issued on pain of a fine. The court also ordered Realchemie to provide details of its commercial transactions involving the pesticides and to transfer its stock into the custody of the courts. Having found that Realchemie failed to comply with the above orders, the German court ordered Realchemie to pay a fine of 20,000 euros (*Ordnungsgeld*) pursuant to Article 890 of the German Code of Civil Procedure (ZPO), which was to be paid to the court, and a periodic payment of 15,000 euros (*Zwangsgeld*) pursuant to Article 888 of the ZPO. Bayer brought an enforcement proceeding in the Netherlands to enforce and collect these fines from Realchemie.

32 In the enforcement proceedings, Realchemie, among others, argued that Bayer was not entitled to request the enforcement of the order imposing the fine because the fines were payable to the cashier of the German court. The Dutch *Rechtbank ‘s-Hertogenbosch* however took the view that the fact that the order required Realchemie to pay a fine of 20,000 euros to the court in no way detracted from Bayer’s right to and interest in having Realchemie actually pay the fine to the court, which constituted an incentive to comply with the basic order, and that Bayer could therefore pursue the enforcement of that order in the Netherlands.

<sup>50</sup> BGE 142 III 587 E. 3, (BGer Urteil 4A\_406/2015, 11 July 2016), the case is available (in German only) at <www.bger.ch>. The Federal Supreme Court also ruled that when imposing a penalty, the amount must be proportionate, taking into account the extent of the violation.

<sup>51</sup> *Beschluss und Urteil des OG ZH RV160005-O/U*, 10 August 2016.

<sup>52</sup> Damages and interest are the monetary reliefs often delivered by courts. As long as they are compensatory in nature, thus not punitive, they will be covered by the draft Convention (Art. 10 of the draft Convention).

<sup>53</sup> Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), (hereinafter, “Brussels I Recast Regulation”), Art. 55. Similar provisions were also provided in earlier versions of the Brussels I Regime: e.g., Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (hereinafter, “Brussels I Regulation”), Art. 49.

<sup>54</sup> Judgment of 18 October 2011, *Realchemie Nederland BV v. Bayer Crop-Science AG*, C-406/09, ECLI:EU:C:2011:668. See A. Dickinson and E. Lein (eds.) (*op. cit.* note 36), para. 13.512.

33 En appel, la Cour suprême des Pays-Bas (*Hoge Raad*) s'est demandé si ces condamnations au paiement d'une sanction relèveraient du champ d'application du Règlement Bruxelles I. Elle a soulevé plusieurs facteurs :

« Tout d'abord, il s'agit, selon cette juridiction, d'une amende sanctionnant une infraction à une interdiction de justice, infligée par le juge à la demande d'une partie privée, qui revient toutefois non pas à Bayer, mais à l'État allemand. Ensuite, cette amende serait recouvrée non pas par la partie privée ou en son nom, mais d'office. Enfin, le recouvrement effectif serait également réalisé par les autorités de la juridiction allemande. »<sup>55</sup>

Compte tenu de ces considérations, la Cour suprême des Pays-Bas a sursis à statuer et a posé à la CJUE la question préjudicielle suivante :

« La notion de 'matière civile et commerciale' figurant à l'article 1<sup>er</sup> [du Règlement No 44/2001] doit-elle être interprétée en ce sens que [ledit] règlement s'applique aussi à la reconnaissance et à l'exécution d'une décision comportant une condamnation au versement d'une amende au titre de l'article 890 [de la ZPO] ? »<sup>56</sup>

34 La CJUE a répondu par l'affirmative à la question, estimant que, bien que l'amende en cause au principal revête un caractère punitif, le litige opposait deux personnes privées. La CJUE a estimé que l'action avait pour but de sauvegarder des droits privés et ne suppose pas une manifestation de prérogatives de puissance publique par l'une des parties au litige. En qualifiant le rapport juridique existant entre Bayer et Realchemie de « rapport juridique de droit privé »<sup>57</sup>, la CJUE a estimé qu'elle « relev[ait] donc de la notion de 'matière civile et commerciale', au sens du [Règlement Bruxelles I] »<sup>58</sup>. En tant que tel, le Règlement s'applique aux sanctions payables à l'État pour violation d'une injonction accordée en faveur d'une partie privée dans une affaire civile et commerciale<sup>59</sup>.

## 2 États-Unis d'Amérique

35 La Cour d'appel du neuvième circuit des États-Unis a examiné la nature de l'astreinte française fixée dans une affaire de violation du droit d'auteur. Dans l'affaire *De Fontbrune c. Wofsy*<sup>60</sup>, le demandeur de Fontbrune était titulaire du droit d'auteur sur un catalogue. Il a poursuivi un éditeur d'art américain *Alan Wofsy and Associates* (collectivement, « Wofsy ») pour protéger sa pièce de résistance : le droit d'auteur sur les photographies de l'œuvre de Pablo Picasso. Lorsque Wofsy a publié son propre catalogue sur Picasso en utilisant un certain nombre de photographies protégées par le droit d'auteur dans le catalogue de de Fontbrune et l'a mis en vente dans une foire de Paris, de Fontbrune a poursuivi Wofsy en France. En 2001, la Cour d'appel de Paris a jugé que Wofsy avait violé les droits de de Fontbrune et lui a accordé 800 000 francs à titre de dommages et intérêts et a prononcé une injonction interdisant à Wofsy de réutiliser les photographies. De plus, la Cour a jugé que si Wofsy ne respectait pas l'injonction, il serait tenu de payer une astreinte de 10 000 francs pour chaque violation. Plusieurs années plus tard, constatant que Wofsy avait de nouveau utilisé les photographies, de Fontbrune a intenté une nouvelle action pour obliger Wofsy à payer

<sup>55</sup> *Realchemie Nederland BV c. Bayer* (op. cit. note 54), para. 36.

<sup>56</sup> *Ibid.*, para. 34.

<sup>57</sup> *Ibid.*, para. 41.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> Voir A.V. Dicey, J.H.C. Morris et L. Collins, *The Conflict of Laws*, vol. 1, chapitre 5, 15<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2012, note 104.

<sup>60</sup> 838 F.3d 992 (9th Cir. 2016). L'affaire est disponible (en anglais uniquement) sur le site web <cdn.ca9.uscourts.gov> [traductions du Bureau Permanent].

l'astreinte prévue dans le jugement de 2001. Après avoir obtenu un jugement du tribunal français lui accordant le recours d'astreinte et un montant de deux millions d'euros, de Fontbrune a cherché à faire exécuter cette décision devant les tribunaux californiens.

36 Le Tribunal fédéral de district de Californie a conclu que l'octroi d'une astreinte dans cette affaire constituait une sanction qui n'était pas reconnaissable aux fins de la *California Uniform Recognition Act* (ci-après, la « Loi californienne sur la reconnaissance uniforme »). Il a jugé que l'astreinte n'était pas une somme compensatoire pour violation du droit d'auteur, mais plutôt une « amende ou autre sanction » étrangère. En appel, le neuvième circuit a statué le contraire. Après avoir examiné la nature de l'astreinte française en l'espèce et le processus de restitution de l'astreinte, le neuvième circuit a conclu que l'astreinte française était semblable à un outrage civil : son but n'était pas de punir un préjudice contre le public mais de faire valoir l'intérêt personnel de de Fontbrune à faire respecter son droit d'auteur et d'empêcher Wofsy de porter atteinte à ses droits. En outre, l'astreinte octroyée était payable à de Fontbrune, la procédure était devant un tribunal civil et la somme allouée n'était pas une amende obligatoire en ce sens qu'elle était librement fixée par le juge français. Sur la base de ces conclusions, la Cour a jugé que le recours du juge français à l'astreinte pour la violation du droit d'auteur accordé à de Fontbrune ne constituait pas « une amende ou une autre sanction pénale », mais un jugement qui « accorde [...] une somme d'argent » au sens de la Loi californienne sur la reconnaissance uniforme.

## 3 France

37 La Cour de cassation de France a considéré qu'une sanction pécuniaire infligée par un tribunal américain pour inexécution d'une injonction était de nature civile et pouvait donc être déclarée exécutoire<sup>61</sup>. Dans *SEC c. Credit Bancorp Ltd*, le tribunal fédéral des États-Unis avait ordonné au défendeur, M. Blech, citoyen américain, de coopérer avec un administrateur *ad hoc* désigné pour retrouver le produit de la fraude qu'il avait commise. Le défendeur n'ayant pas coopéré, l'administrateur *ad hoc* a demandé le renouvellement de l'injonction, condamnant au paiement d'une sanction de 100 dollars par jour d'inexécution versée au tribunal et qui devait doubler chaque jour d'inexécution. Quatre mois plus tard, à la demande du même administrateur *ad hoc*, le tribunal a condamné le défendeur à payer 13 millions de dollars. L'administrateur *ad hoc* a ensuite demandé l'exécution en France, où le défendeur avait des biens. En l'espèce, le tribunal français n'a pas examiné si la sanction était de nature pénale ou non et a déclaré le jugement exécutoire. Cela peut s'expliquer par le fait que le montant de la sanction étrangère a été fixé par le tribunal d'origine (le tribunal américain) et que l'amende pour outrage à magistrat a donc été transformée en une véritable condamnation à payer.

## V CONDAMNATION AU PAIEMENT D'UNE SANCTION ET PROJET DE CONVENTION

38 Cette section va maintenant examiner le fonctionnement du projet de Convention en ce qui concerne les scénarios 2 à 4. Plus précisément, elle examine si une ordonnance subséquente condamnant au paiement d'une sanction obtenue dans l'État d'origine après le jugement principal est exécutoire dans l'État requis et, dans l'affirmative, quelles considérations le tribunal requis doit prendre en

<sup>61</sup> *Cour de cassation, Arrêt No 65 du 28 janvier 2009* (07-11.729).

33 On appeal, the *Hoge Raad* (Dutch Supreme Court) questioned whether such penalty orders would fall under the scope of the Brussels I Regulation. It raised several factors:

“First of all, the fine penalises an infringement of an injunction imposed by the court at the request of a private party, which is not payable to Bayer but to the German State. Next, that fine is recovered not by the private party or on its behalf but automatically. Finally, the actual recovery is also made by the German judicial authorities.”<sup>55</sup>

In light of these considerations, the *Hoge Raad* stayed the proceedings and referred the following question to the Court of Justice for a preliminary ruling:

“Is the phrase ‘civil and commercial matters’ in Article 1 of Regulation [...] No 44/2001 [...] to be interpreted in such a way that this regulation applies also to the recognition and enforcement of an order for payment of a fine pursuant to Paragraph 890 of the ZPO?”<sup>56</sup>

34 The CJEU answered the question affirmatively, finding that although the fine at issue in the main proceedings was punitive, the dispute was between two private persons. The CJEU found that the action was intended to protect private rights and did not involve the exercise of public powers by one of the parties to the dispute. By classifying the legal relationship between Bayer and Realchemie as “a private law relationship”,<sup>57</sup> the CJEU found that it was “covered by the concept of ‘civil and commercial matters’ within the meaning of [the Brussels I Regulation]”.<sup>58</sup> As such, the Regulation applies to penalties payable to the State for breach of an injunction granted in favour of a private party in a civil and commercial matter.<sup>59</sup>

## 2 The United States of America

35 The u.s. Court of Appeals for the Ninth Circuit considered the nature of the French *astreinte* issued in a copyright infringement case. In the *De Fontbrune v. Wofsy* case,<sup>60</sup> the plaintiff de Fontbrune owned copyright in a catalogue. He sued an American art editor Alan Wofsy and Associates (collectively, “Wofsy”) to protect his *pièce de résistance*: copyright in photographs of Pablo Picasso’s artwork. When Wofsy published his own Picasso catalogue using a number of the copyrighted photographs in de Fontbrune’s catalogue and offered it for sale at a Paris fair, de Fontbrune sued Wofsy in France. In 2001, the Paris Court of Appeal held that Wofsy had infringed de Fontbrune’s rights and awarded de Fontbrune 800,000 francs in damages and issued an injunction prohibiting Wofsy from further use of the photographs. Furthermore, it ruled that if Wofsy did not obey the injunction, he would be required to pay an *astreinte* of 10,000 francs for each violation. Several years later, when noticing that Wofsy had used the photographs again, de Fontbrune initiated a new action to compel Wofsy

to pay the *astreinte* set out in the 2001 judgment. Having obtained a judgment in the French court granting him the remedy of *astreinte* and an award of two million euros, de Fontbrune sought to enforce this award in the Californian courts.

36 The District Court of California concluded that the award of an *astreinte* in this case constituted a penalty that was not recognisable for the purposes of the California Uniform Recognition Act (hereinafter, the “Act”). It held that *astreinte* was not a compensatory award for copyright infringements but rather a foreign “fine or other penalty”. On appeal, the Ninth Circuit ruled to the contrary. Having looked into the nature of the French *astreinte* in this case and the process of rendering the *astreinte*, the Ninth Circuit found that the French *astreinte* was similar to civil contempt: its purpose was not to punish a harm against the public but to vindicate de Fontbrune’s personal interest in having his copyright respected, and to deter further infringement by Wofsy. In addition, the *astreinte* awarded was payable to de Fontbrune, the proceedings were before a civil court, and the award was not a mandatory fine in the sense that the amount to be paid was freely determined by the French judge. Based on these findings, the court held that the French remedy of *astreinte* for copyright infringement awarded to de Fontbrune was not a “fine or other penalty” but a judgment that “[g]rants [...] a sum of money” within the meaning of the Act.

## 3 France

37 The Supreme Court of France (*Cour de cassation*) considered that a financial penalty imposed by a U.S. court for non-compliance with an injunction was civil in nature, and could thus be declared enforceable.<sup>61</sup> In *SEC v. Credit Bancorp Ltd*, the U.S. court had ordered the defendant, Mr Blech, a U.S. citizen, to co-operate with an appointed receiver to trace the proceeds of the fraud he committed. As the defendant did not co-operate, the receiver applied for a renewal of the injunction, together with a sanction of USD 100 per day for non-compliance, which was to double each day, paid to the court. Four months later, on application by the same receiver, the court ordered the defendant to pay USD 13 million. The receiver then sought enforcement in France, where the defendant had property. In this case, the French court did not examine whether the penalty was criminal in nature or not, and declared the judgment enforceable. This may be due to the fact that the amount of the foreign penalty was fixed by the court of origin (the U.S. court) and thus the contempt fine was turned into an actual order to pay.

## V PENALTY ORDERS AND THE DRAFT CONVENTION

38 This section will now examine the operation of the draft Convention with respect to Scenarios 2 to 4. Specifically, it discusses whether a secondary Penalty Order obtained in the State of origin after the primary judgment is enforceable in the requested State, and if so, what considerations the court addressed should take into account. Before

<sup>55</sup> *Realchemie Nederland BV v. Bayer* (op. cit. note 54), para. 36.

<sup>56</sup> *Ibid.*, para. 34.

<sup>57</sup> *Ibid.*, para. 41.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> See A.V. Dicey, J.H.C. Morris and L. Collins, *The Conflict of Laws*, Vol. 1, Chapter 5, 15th ed., London, Sweet & Maxwell, 2012, footnote 104.

<sup>60</sup> 838 F.3d 992 (9th Cir. 2016). The case is available at <cdn.ca9.uscourts.gov>.

<sup>61</sup> *Cour de cassation, Arrêt No 65 du 28 janvier 2009* (07-11.729).

compte. Avant de poursuivre, il est utile de souligner deux principes pertinents qui sont adoptés par le projet de Convention.

39 *Divisibilité* L'article 9 du projet de Convention prévoit la reconnaissance et l'exécution d'une partie dissociable d'un jugement lorsqu'elles sont demandées ou lorsqu'une partie seulement du jugement peut être reconnue ou exécutée en vertu du projet de Convention<sup>62</sup>.

40 *Dommmages et intérêts* L'article 10 du projet de Convention autorise un tribunal à refuser la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement si, et dans la mesure où, les dommages et intérêts accordés ne constituent pas une réparation de la perte ou du préjudice réellement subis par une partie. Si un jugement octroie des dommages et intérêts en partie compensatoires et en partie punitifs, le tribunal requis peut refuser d'exécuter la composante punitive des dommages et intérêts<sup>63</sup>.

41 En ce qui concerne maintenant le traitement spécifique du scénario 2 du projet de Convention, la question est de savoir si l'ordonnance subséquente rendue par le tribunal de l'État X doit être exécutée dans l'État Y en vertu de la version actuelle du projet de Convention. (Une ordonnance peut bien entendu être exécutoire en vertu du droit interne de l'État Y même si elle n'est pas exécutoire en vertu du projet de Convention, comme le confirme l'art. 16 : mais le présent document ne porte que sur la force exécutoire en vertu du projet de Convention.)

*Scénario 2* Le tribunal de l'État X rend une ordonnance enjoignant la Partie B de prendre (ou de s'abstenir de prendre) certaines mesures, mais cette ordonnance ne précise pas les conséquences de l'inexécution. Toutefois, une ordonnance subséquente du tribunal d'origine impose une sanction civile à la Partie B en cas d'inexécution.

42 Plusieurs arguments peuvent être avancés par la Partie B pour s'opposer à l'exécution en vertu du projet de Convention.

43 Premièrement, la Partie B pourrait faire valoir que l'ordonnance subséquente ne se rapporte pas à une matière civile ou commerciale et n'entre donc pas dans le champ d'application du projet de Convention. L'ordonnance subséquente découle de la nécessité pour le tribunal de punir l'inexécution passée ou d'encourager l'exécution future, ce qui n'est pas une affaire civile ou commerciale. Toutefois, il y a de bonnes raisons de penser que le jugement imposant la sanction se rapporte à la même matière civile ou commerciale que le jugement principal antérieur. C'est principalement la question que la CJUE a examinée dans l'affaire *Realchemie*, où elle a conclu que la sanction se rapportait bien au litige civil ou commercial préalable<sup>64</sup>. Il y a également une certaine analogie avec la conclusion à laquelle est parvenue la Cour d'appel des États-Unis dans l'affaire *De Fontbrune c. Wofsy*.

44 Deuxièmement, la Partie B pourrait faire valoir que l'ordonnance subséquente condamnant au paiement d'une sanction n'est pas un « jugement » car elle ne constitue pas une décision « sur le fond » au sens de l'article 3 du projet de Convention : elle ne statue pas définitivement sur le fond d'un litige entre les parties. Il pourrait également être avancé que, eu égard à la structure de l'instrument dans son

ensemble, le terme « jugement » se rapporte aux ordonnances initiales qui déterminent les droits et obligations essentiels des parties, et non aux mesures d'exécution secondaires. D'où la nécessité de définir le terme « jugement » de manière à prévoir expressément l'inclusion des condamnations aux dépens. Les moyens procéduraires d'exécution relèvent de la compétence du tribunal requis en vertu de son droit interne (art. 4) et ne peuvent être prescrits par le tribunal d'origine. L'issue probable de cet argument est difficile à prévoir et des résultats différents pourraient être obtenus dans différents États.

45 Troisièmement, la Partie B pourrait faire valoir que même si l'ordonnance subséquente condamnant au paiement d'une sanction fait effectivement partie d'un jugement entrant dans le champ d'application du projet de Convention, le tribunal de l'État Y devrait refuser d'exécuter la sanction prévue par le projet de Convention en vertu de l'article 10 car elle n'est pas de nature compensatoire. En réponse, la Partie A pourrait soutenir que l'article 10 ne s'applique pas car la sanction n'est pas une condamnation à des « dommages et intérêts », qui est le terme utilisé à l'article 10. Mais il serait étrange que l'article 10 s'applique à une somme allouée qualifiée de « dommages et intérêts punitifs », mais pas à une somme allouée simplement qualifiée de « sanction ». Il serait logique que l'article 10 s'applique à toute somme d'argent allouée, quelle qu'en soit la description, qui n'est pas de nature compensatoire. Ce point devra peut-être être examiné et clarifié dans le Rapport explicatif.

46 Il semble probable que pour une ou plusieurs de ces raisons, l'ordonnance distincte accordant la sanction ne serait pas exécutoire en vertu du projet de Convention. La question soulevée par les deux scénarios suivants est de savoir si le fait que la sanction ait été prévue dans l'ordonnance initiale fait une différence. D'un point de vue politique, il est difficile de comprendre pourquoi une différence dans le moment ou la forme des condamnations devrait produire un résultat différent.

47 Enfin, si la sanction était payable à l'État d'origine plutôt qu'à la Partie A, l'argument contre l'exécution en vertu du projet de Convention serait plus fort. Mais dans les cas où une ordonnance en faveur de la Partie A ne serait probablement pas exécutoire, il n'est pas nécessaire d'examiner cette variation en détail.

*Scénario 3* Le tribunal de l'État X rend une ordonnance enjoignant la Partie B de prendre (ou de s'abstenir de prendre) certaines mesures, et cette ordonnance précise les conséquences de l'inexécution (par ex. une sanction pécuniaire journalière de 1 000 dollars). Cette sanction n'est pas exigible en vertu du droit de l'État X tant que le tribunal de l'État X n'est pas invité à fixer, et tant qu'il ne fixe pas, le montant dû à la suite de l'inexécution. Les sous-variantes impliquent que cette sanction est payable à la Partie A ou à l'État.

48 Contrairement au scénario 2, la condamnation au paiement d'une sanction à laquelle il est fait référence dans le présent scénario est incluse dans le jugement principal. Toutefois, cette condamnation ne devient effective qu'en cas d'inexécution. Quatre questions clés se posent dans le scénario 3.

49 La première est de savoir si la condamnation au paiement d'une sanction peut être qualifiée de « relative à des matières civiles ou commerciales ». L'argument selon lequel cette condamnation se rapporte en effet à une matière

<sup>62</sup> Pour plus de discussions sur l'art. 9 du projet de Convention de 2018, voir *Projet révisé de Rapport explicatif*, para. 331 et 332.

<sup>63</sup> Pour plus de discussions sur l'art. 10 du projet de Convention de 2018, voir *ibid.*, para. 333 à 335.

<sup>64</sup> *Realchemie Nederland BV c. Bayer* (op. cit. note 54), para. 41.

proceeding, it is useful to highlight two relevant principles that are adopted by the draft Convention.

39 *Severability* Article 9 of the draft Convention provides for the recognition and enforcement of a severable part of a judgment where this is applied for, or where only part of the judgment is capable of being recognised or enforced under the draft Convention.<sup>62</sup>

40 *Damages* Article 10 of the draft Convention allows a court to refuse recognition or enforcement of a judgment if, and to the extent that, the award of damages does not compensate the plaintiff for actual loss or harm suffered. If a judgment awards damages that are in part compensatory and in part punitive, the court addressed may refuse to enforce the punitive component of the damages.<sup>63</sup>

41 Turning now to the specific treatment of Scenario 2 under the draft Convention, the issue is whether the subsequent order made by the court in State X must be enforced in State Y under the current version of the draft Convention. (An order may of course be enforceable under the national law of State Y even if it is not enforceable under the draft Convention, as Art. 16 confirms: but this Note is concerned only with enforceability under the draft Convention.)

*Scenario 2* The court in State X makes an order requiring Party B to take (or refrain from taking) certain action, but that order does not specify the consequences of non-compliance. However, a subsequent order of the court of origin imposes a civil penalty on Party B for non-compliance.

42 There are several arguments that Party B might raise to oppose enforcement under the draft Convention.

43 First, Party B might argue that the subsequent order does not relate to a civil or commercial matter and is thus outside the scope of the draft Convention. The subsequent order arises from the need for the court to punish past non-compliance and/or encourage future compliance, which is not a civil or commercial matter. However, there is a strong argument that the judgment imposing the penalty relates to the same civil or commercial matter as the earlier primary judgment. This is essentially the issue the CJEU considered in *Realchemie*, concluding that the sanction did relate to the underlying civil or commercial dispute.<sup>64</sup> There is also some analogy with the conclusion reached by the U.S. Court of Appeals in *De Fontbrune v. Wofsy*.

44 Secondly, Party B might argue that the penalty order is not a “judgment” because it is not a decision “on the merits” within the meaning of Article 3 of the draft Convention: it does not finally determine the merits of any substantive dispute between the parties. It might also be argued that having regard to the structure of the instrument as a

whole, the term “judgment” relates to primary orders that determine the parties’ substantive rights and obligations, not to secondary enforcement measures. Hence the need for the definition of the term “judgment” to expressly provide for inclusion of costs orders. The procedural means for enforcement are a matter for the court addressed under its national law (Art. 14) and cannot be prescribed by the court of origin. The likely outcome of this argument is difficult to predict, and different results could be reached in different States.

45 Thirdly, Party B might argue that even if the penalty order does form part of a judgment that comes within the scope of the draft Convention, the court in State Y should decline to enforce the penalty under the draft Convention by virtue of Article 10, as it is not compensatory in nature. In response, Party A might argue that Article 10 does not apply because the penalty is not an award of “damages”, which is the term used in Article 10. But it would be odd if Article 10 applied to an award labelled “punitive damages”, but not to an award simply labelled “penalty”. The better view would appear to be that Article 10 applies to any sum of money awarded, however described, that is not compensatory in nature. This point may need to be considered and clarified in the Explanatory Report.

46 It seems likely that for one or more of these reasons, the separate order awarding the penalty would not be enforceable under the draft Convention. The question raised by the next two scenarios is whether it makes a difference if the penalty was provided for in the judgment that contained the primary order. As a matter of policy, it is difficult to see why a difference in timing and/or form of the orders should produce a different result.

47 Finally, if the penalty were payable to the State of origin rather than to Party A the argument against enforcement under the draft Convention would if anything be stronger. But in circumstances where an order in favour of Party A probably would not be enforceable, it is not necessary to consider this variation in any detail.

*Scenario 3* The court in State X makes an order requiring Party B to take (or refrain from taking) certain action, and that order specifies the consequences of non-compliance (e.g., a penalty of USD 1,000 per day). The penalty is not payable under the law of State X until the court in State X is asked to fix, and does fix, the amount payable following non-compliance. Sub-variants involve this penalty being payable to Party A or to the State.

48 Unlike in Scenario 2, the Penalty Order referred to in this Scenario is included in the primary judgment. However, it only materialises once there is non-compliance. Four key questions arise in Scenario 3.

49 The first is whether the order can be characterised as “relating to civil or commercial matters”. The argument that it does relate to a civil or commercial matter seems if

<sup>62</sup> For more discussion of Art. 9 of the 2018 draft Convention, see Revised Draft Explanatory Report, paras 331-332.

<sup>63</sup> For more discussion of Art. 10 of the 2018 draft Convention, see *ibid.*, paras 333-335.

<sup>64</sup> *Realchemie Nederland BV v. Bayer* (op. cit. note 54), para. 41.

civile ou commerciale semble plus fort que dans le scénario 2 en raison de son inclusion dans le jugement principal, qui se rapporte manifestement à une matière civile ou commerciale. Mais, comme mentionné plus haut, il serait probablement plus exact de dire que cette exigence serait satisfaite même dans le scénario 2.

50 La deuxième question, comme dans le scénario 2, est de savoir si cette condamnation peut être considérée comme un « jugement » au sens de « décision sur le fond »<sup>65</sup>. Comme pour le scénario 2, on peut faire valoir que les questions relatives à l'exécution relèvent du tribunal requis et que, par conséquent, cette condamnation au paiement d'une sanction n'est pas une partie exécutoire du jugement en vertu du projet de Convention. Cet argument revêt la même force que dans le contexte du scénario 2.

51 La troisième question est de savoir si l'article 10 s'applique à la condamnation au paiement d'une sanction qui permet à un tribunal de refuser d'exécuter cette condamnation, comme cela a été discuté dans le contexte du scénario 2. Cet argument revêt une force considérable, comme dans le scénario 2.

52 La quatrième question est de savoir si la condamnation au paiement d'une sanction incluse dans le jugement initial n'est pas exécutoire en vertu de l'article 4(3) car elle ne devient exécutoire dans l'État d'origine que lorsqu'une ordonnance subséquente quantifiant la sanction encourue ait été rendue. Il s'agit là d'un autre argument de poids contre le caractère exécutoire. (Cette question ne se pose plus si le tribunal de l'État X rend une nouvelle ordonnance quantifiant la sanction à payer – cependant, à cet égard, la deuxième ordonnance est essentiellement la même que celle examinée dans le scénario 2, et est soumise aux mêmes arguments contre la force exécutoire en vertu du projet de Convention examinés dans ce contexte.)

53 Pour une ou plusieurs de ces raisons, il semble probable que le tribunal de l'État Y puisse refuser d'exécuter la condamnation au paiement d'une sanction figurant dans le jugement rendu en vertu du projet de Convention. Cela n'affecterait pas la force exécutoire en vertu du projet de Convention d'autres condamnations figurant dans le jugement, notamment l'obligation principale de prendre ou de s'abstenir de prendre certaines mesures, puisque la condamnation au paiement d'une sanction peut être séparée de la reconnaissance et de l'exécution en vertu de l'article 9.

54 Comme dans le scénario 2, si la sanction était payable à l'État d'origine plutôt qu'à la Partie A, l'argument contre l'exécution en vertu du projet de Convention serait plus fort.

*Scénario 4* Le tribunal de l'État X rend une ordonnance enjoignant la Partie B de prendre (ou de s'abstenir de prendre) certaines mesures, et cette ordonnance précise les conséquences de l'inexécution (par ex. une sanction pécuniaire journalière de 1 000 dollars). Cette sanction est automatiquement exigible en vertu du droit de l'État X sans qu'il soit nécessaire que le tribunal de l'État X fixe le montant dû en cas d'inexécution, sans autre décision judiciaire.

55 La seule différence entre les scénarios 3 et 4 est que, dans le scénario 3, le tribunal d'origine doit liquider (fixer) le montant payable de la sanction. Par conséquent, l'analyse concernant le scénario 3 est également pertinente pour le scénario 4, sauf dans la mesure où elle ne soulève pas les considérations de l'article 4(3).

56 Il semble probable que, même dans ce scénario, la condamnation au paiement d'une sanction ne serait pas exécutoire pour un ou plusieurs des premier à troisième motifs invoqués dans le scénario 3.

## VI CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

57 Le projet de Convention traite de la circulation des jugements non pécuniaires, y compris les injonctions, par exemple, l'exécution des injonctions pour empêcher un défendeur de poursuivre une activité illégale est nécessaire à la protection efficace des créanciers du jugement. Lorsqu'ils appliquent ces mesures injonctives, certains États et territoires incluent une condamnation au paiement d'une sanction « subsidiaire » ou « conditionnelle » dans l'ordonnance principale du tribunal afin d'encourager ou d'obliger l'exécution. Ces types de condamnations sont appliquées en vertu du droit interne dans certains États et territoires. Lorsqu'on examine si et comment le projet de Convention devrait traiter ces condamnations, les options suivantes sont présentées à la Session diplomatique pour examen :

*Option 1* : Le projet de Convention ne contient pas de dispositions spécifiques sur l'exécution des condamnations au paiement d'une sanction. C'est également l'approche adoptée par la Convention Élection de for de 2005. Si cette approche est adoptée, il semble probable, pour les raisons exposées ci-dessus, qu'un tribunal requis pourrait refuser d'exécuter des condamnations au paiement d'une sanction en vertu de l'instrument. Mais la base sur laquelle ce résultat serait obtenu est loin d'être claire. Dans un souci de clarté et pour faciliter une application uniforme, la Session diplomatique souhaitera peut-être examiner plus avant si cette question devrait être clarifiée dans le Rapport explicatif. Cette clarification pourrait être apportée dans le contexte de l'examen de la définition du jugement (préciser si les condamnations au paiement d'une sanction devraient être considérées comme faisant partie d'un jugement aux fins de l'instrument) ou dans le contexte de l'examen de l'article 10 (préciser si cette disposition s'applique à toutes les condamnations en espèces, peu importe leur description, qui ne sont pas de nature compensatoire, y compris celles décrites comme des sanctions pour l'inexécution des ordonnances initiales).

*Option 2* : Le projet de Convention contient des dispositions expresses sur son applicabilité aux condamnations au paiement d'une sanction. Deux sous-options sont proposées ici :

2.1) Le projet de Convention contient des dispositions expresses indiquant qu'il *ne couvre pas* les condamnations au paiement d'une sanction. (Comme indiqué plus haut, cela n'affecterait pas la capacité des tribunaux nationaux de reconnaître ou d'exécuter ces condamnations en vertu des lois nationales (art. 16).)

2.2) Le projet de Convention contient des dispositions expresses indiquant qu'il *couvre* les condamnations au paiement d'une sanction. À cet égard, il conviendra d'examiner plus avant les types de condamnations au paiement d'une sanction qui relèveront du champ d'application du projet de Convention, notamment :

- si le projet de Convention traite de tous les types de condamnations au paiement d'une sanction, ou seulement de celles qui sont conditionnelles ou subsidiaires au jugement initial sur le fond (telles que celles des scénarios 3 et 4) ;

<sup>65</sup> Art. 3(1)(b) du projet de Convention de 2018.

anything stronger than in Scenario 2, by virtue of its inclusion in the primary judgment, which plainly does relate to a civil or commercial matter. But as noted above, the better view is probably that this requirement would be met even in Scenario 2.

50 The second issue, as in Scenario 2, is whether the Penalty Order qualifies as a “judgment” in the sense of being a “decision on the merits”.<sup>65</sup> Like with Scenario 2, it may be argued that matters relating to enforcement are for the court addressed, and therefore this Penalty Order is not an enforceable part of a judgment under the draft Convention. This argument has the same force that it has in the context of Scenario 2.

51 The third question is whether Article 10 applies to the Penalty Order, allowing a court to refuse to enforce it, as discussed in the context of Scenario 2. This argument has considerable force, as in Scenario 2.

52 A fourth question is whether the Penalty Order in the original judgment is not enforceable by virtue of Article 4(3) because it is not enforceable in the State of origin unless and until a further order has been made quantifying the penalty payable. This is another strong argument against enforceability. (This issue falls away if the court in State X makes a further order quantifying the penalty payable – however, in that respect, the second order is essentially the same as the order discussed in Scenario 2, and is subject to the same arguments against enforceability under the draft Convention discussed in that context.)

53 For one or more of these reasons, it seems likely that the court in State Y could decline to enforce the Penalty Order in the judgment under the draft Convention. This would not affect the enforceability under the draft Convention of other orders in the judgment, including the primary obligation to take or refrain from taking certain action, as the Penalty Order can be severed from recognition and enforcement under Article 9.

54 As in Scenario 2, if the penalty were payable to the State of origin rather than to Party A, the argument against enforcement under the draft Convention would if anything be stronger.

*Scenario 4* The court in State X makes an order requiring Party B to take (or refrain from taking) certain action, and that order specifies the consequences of non-compliance (e.g., a penalty of USD 1,000 per day). The penalty is automatically payable under the law of State X without any need for the court in State X to fix the amount payable – it is payable in the event of non-compliance without any further court order.

55 The only difference between Scenarios 3 and 4 is the need for the court of origin to liquidate (fix) the amount payable under the Penalty Order in Scenario 3. Thus, the analysis concerning Scenario 3 is also relevant for Scenario 4 except to the extent that it does not raise Article 4(3) considerations.

---

<sup>65</sup> Art. 3(1)(b) of the 2018 draft Convention.

56 It seems likely that even in this Scenario, the Penalty Order would not be enforceable for one or more of the first to third reasons given in relation to Scenario 3.

## VI CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS

57 The draft Convention deals with the circulation of non-monetary judgments, including injunctions, e.g., the enforcement of injunctions to prevent a defendant from continuing unlawful activity is necessary for the efficient protection of judgment creditors. When enforcing such injunctive relief, some jurisdictions attach “subsidiary” or “conditional” penalty orders to the main court order so as to encourage/compel compliance. These types of Penalty Orders are enforced under national law in certain jurisdictions. When considering whether and how the draft Convention should deal with such Orders, the following options are presented to the Diplomatic Session for consideration:

*Option 1:* The draft Convention does not include specific provisions on the enforcement of Penalty Orders. This is also the approach adopted by the 2005 Choice of Court Convention. If this approach is adopted it seems likely, for the reasons set out above, that it would be open to a court addressed to decline to enforce Penalty Orders under the instrument. But the basis on which that result would be arrived at is less than clear. In the interests of clarity, and to facilitate uniform enforcement, the Diplomatic Session may wish to further consider whether this issue should be clarified in the Explanatory Report. This clarification might be provided in the context of the discussion of the definition of judgment (clarifying whether Penalty Orders should be seen as forming part of a judgment for the purposes of the instrument) and/or in the context of the discussion of Article 10 (clarifying whether this provision applies to all money awards however described that are not compensatory in nature, including awards described as penalties for non-compliance with primary orders).

*Option 2:* The draft Convention includes express provisions on its applicability to Penalty Orders. Two sub-options are provided here:

2.1) The draft Convention contains express provisions stating that it *does not* cover Penalty Orders. (As noted above, this would not affect the ability of national courts to recognise or enforce such Orders under national laws (Art. 16).)

2.2) The draft Convention contains express provisions stating that it *covers* Penalty Orders. In this respect, further consideration will be required in terms of what types of Penalty Orders will fall within the scope of the draft Convention, including:

- whether the draft Convention deals with all types of Penalty Orders, or only those that are conditional or subsidiary to the primary judgment on the merits (such as those in Scenarios 3 and 4);

- si les condamnations au paiement d’une sanction payables aux autorités publiques seraient couvertes par le projet de Convention ;
- si le montant de la sanction indiqué dans les condamnations au paiement d’une sanction doit être fixé avant l’exécution et, dans l’affirmative, qui en fixera le montant.

#### ANNEXE I

Le paragraphe 76 du Rapport explicatif préliminaire révisé prévoit :

« 76 **Jugements non pécuniaires.** Les jugements non pécuniaires, c’est-à-dire les jugements qui ordonnent au débiteur d’accomplir ou de s’abstenir d’accomplir un acte précis, tels que les injonctions, sont souvent exécutés par des sanctions pécuniaires qui « renforcent » le dispositif de la décision. Le jugement ordonne ainsi au défendeur d’accomplir ou de ne pas accomplir un acte et peut le condamner à payer une somme d’argent afin de l’inciter à s’exécuter. Ces sanctions pécuniaires sont séparables de la partie du jugement qui contient l’injonction et elles peuvent avoir été prononcées par les tribunaux de l’État d’origine, qui peuvent aussi déterminer le montant final, ou par les tribunaux de l’État requis<sup>57</sup>. En outre, dans certains États et territoires, ces sanctions pécuniaires doivent être payées aux tribunaux ou à l’administration fiscale, tandis que dans d’autres, elles doivent être payées au créancier du jugement. Dans le premier cas, elles n’entrent pas dans le champ d’application du projet de Convention car elles n’ont pas la qualification de matière civile ou commerciale. Dans le second cas, en principe, elles peuvent entrer dans le champ d’application du projet de Convention si leur objectif est d’indemniser le créancier du jugement de tout retard dans l’exécution de l’injonction. Toutefois, l’article 10 peut s’appliquer dans cette hypothèse.

[Autre formulation : les astreintes qui accompagnent l’injonction ne sont pas des décisions sur le fond ; par conséquent, elles ne répondent pas à la définition d’un jugement aux fins du projet de Convention, peu importe qu’elles soient payables à une autorité publique ou au créancier du jugement. On peut aussi considérer la cohérence de cette formulation avec la notion de décision sur le fond, car le jugement dans son ensemble est une décision sur le fond, et c’est un aspect de la mesure ordonnée au cours de la décision sur le fond du litige.]<sup>58</sup> »

#### Notes de bas de page :

<sup>57</sup> Il faut également souligner que la « sanction » peut être une somme forfaitaire, c’est-à-dire une amende civile, ou une astreinte à payer pour chaque jour de retard.

<sup>58</sup> [Il conviendrait que la Commission spéciale prenne une décision sur ce point.]

#### ANNEXE II

Paragraphe 83 et 84 du Projet révisé de Rapport explicatif préparé pour la Vingt-deuxième session

« 83 **Jugements non pécuniaires.** Les jugements qui ordonnent au débiteur d’accomplir ou de s’abstenir d’accomplir un acte précis, tels que les injonctions ou les ordonnances d’exécution d’un contrat (jugements non pécuniaires définitifs) entrent dans le champ d’application du projet de Convention (voir toutefois l’art. 11). Dans certains systèmes juridiques, les jugements non pécuniaires imposent parfois des sanctions pécuniaires (astreintes) « renforçant » la partie principale du jugement. Ces jugements contiennent une obligation principale non pécuniaire – accomplir ou ne pas accomplir un acte – et une obligation secondaire conditionnelle sous forme de « sanction » pécuniaire en prévision de l’inexécution du jugement, qui est destinée à encourager le débiteur à s’exécuter. Les régimes juridiques gouvernant ces sanctions pécuniaires sont très diversifiés.

84 Bien que l’inclusion de ces « sanctions » pécuniaires ait fait l’objet d’une discussion approfondie lors de la dernière réunion de la Commission spéciale<sup>70</sup>, aucune conclusion définitive n’a été rendue et il sera nécessaire de poursuivre la réflexion sur cette question<sup>71</sup>. Trois facteurs peuvent être pertinents pour l’application du projet de Convention à ces « sanctions » pécuniaires. En ce qui concerne la procédure, dans certains États et territoires, ces sanctions sont ordonnées par le tribunal qui rend le jugement non pécuniaire, alors que dans d’autres, elles sont ordonnées par une autre autorité dans le cadre d’une procédure d’exécution. Concernant leur contenu, dans certains cas, ces sanctions pécuniaires peuvent être une somme forfaitaire ou une astreinte à payer pour chaque jour de retard. Enfin, concernant le bénéficiaire de l’ordonnance, ces sanctions pécuniaires doivent être payées aux tribunaux ou aux autorités publiques (amendes civiles) dans certains États et territoires, tandis que dans d’autres, elles doivent être payées au créancier du jugement, même si elles ne sont pas réellement compensatoires. »

#### Notes de bas de page :

<sup>70</sup> Voir Commission spéciale sur la reconnaissance et l’exécution des jugements étrangers (du 24 au 29 mai 2018), Rapport de séance No 6, para. 42 à 51.

<sup>71</sup> En vertu du Règlement Bruxelles I *bis*, par ex., les décisions condamnant à une astreinte rendues dans un État membre ne sont exécutoires dans l’État membre requis « que si le montant en a été définitivement fixé par la juridiction d’origine » (voir art. 55). Une règle similaire est prévue dans la Convention de Lugano de 2007 (voir art. 49). La Cour de justice de l’Union européenne (CJUE) a conclu que le Règlement s’applique à une sanction pécuniaire à payer à l’État dans la mesure où elle concerne un différend entre deux personnes privées (voir arrêt du 18 octobre 2011, *Realchemie Nederland c. Bayer*, C406/09, EU:C:2011:668).



- whether Penalty Orders that are payable to public authorities would be covered by the draft Convention; and
- whether the amount of the penalty stated in Penalty Orders should be fixed before enforcement and, if so, who should fix the amount.

#### ANNEX I

Paragraph 76 of the Revised Preliminary Explanatory Report states:

“76 **Non-monetary judgments.** Non-monetary (or non-money) judgments, *i.e.*, judgments that order the debtor to perform or refrain from performing a specific act, such as an injunction, are often enforced by means of pecuniary penalties that ‘reinforce’ the main part of the judgment. That is, the judgment defendant is ordered to perform, or not to perform, an act and may be required to pay a sum of money to encourage compliance with the order. These pecuniary penalties are severable from the part of the judgment providing the injunctive remedy and they may have been granted by the courts of the State of origin, which also may determine the final amount, or by the courts of the requested State.<sup>57</sup> Furthermore, in some jurisdictions these pecuniary penalties are payable to the courts or fiscal authorities, whilst in others they are payable to the judgment creditor. In the former case, those penalties are not within the scope of the draft Convention since they do not qualify as civil or commercial matters. In the latter case, in principle, they may be within this scope if their objective is to compensate the judgment creditor for any delay in the fulfilment of the injunction. However, Article 10 may apply in this case.

[Alternative formulation: periodic penalties that accompany injunctive relief are not decisions on the merits and therefore do not meet the definition of judgment for the purposes of the draft Convention, irrespective of whether they are payable to a public authority or the judgment creditor. One may also consider the consistency of this formulation with the concept of a decision on the merits, since the judgment as a whole is a decision on the merits, and this is one aspect of the relief ordered in the course of determining the merits of the dispute.]<sup>58</sup>”

#### Footnotes:

<sup>57</sup> Note also that the “penalty” may be a fixed sum, *e.g.*, a civil fine, or a periodic penalty payment for each day of delay.

<sup>58</sup> [The Special Commission should make a decision on this issue.]

#### ANNEX II

Paragraphs 83 and 84 of the Revised Draft Explanatory Report prepared for the Twenty-Second Diplomatic Session state:

“83 **Non-monetary judgments.** Judgments that order the debtor to perform or refrain from performing a specific act, such as an injunction or an order for specific performance of a contract (final non-monetary or non-money judgments) fall within the scope of the draft Convention (see however Art. 11). In some legal systems, non-monetary judgments sometimes include pecuniary penalties (in French, *astreintes*) to ‘reinforce’ the main part of the judgment. Such judgments contain a non-monetary primary obligation – to perform, or not to perform, an act – and a monetary ‘penalty’ as a conditional secondary obligation in anticipation of non-compliance and to encourage compliance. The legal regimes governing these pecuniary penalties vary significantly.

84 Inclusion of these pecuniary ‘penalties’ was thoroughly discussed during the last Meeting of the Special Commission,<sup>70</sup> but no definitive conclusion was reached and the issue will require further reflection.<sup>71</sup> Three factors may be relevant to the application of the draft Convention to these pecuniary ‘penalties’. In relation to the process, in some jurisdictions these penalties are ordered by the court that renders the non-monetary judgment, but in others they are ordered by a different authority in an enforcement procedure. In relation to their content, in some cases these pecuniary penalties may be a fixed sum or a periodic penalty, *e.g.*, a sum of money for each day of delay. Finally, in relation to the beneficiary of the order, in some jurisdictions these pecuniary penalties are payable to the courts or State authorities (civil fines), but in others they are payable to the judgment creditor even though they are not truly compensatory.”

#### Footnotes:

<sup>70</sup> See Minutes of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (24-29 May 2018), Minutes No 6, paras 42-51.

<sup>71</sup> Under the Brussels I Regulation (recast), for example, judgments which order a payment by way of a penalty shall be enforceable “only if the amount of the payment has been finally determined by the court of origin” (see Art. 55). A similar rule is contained in the 2007 Lugano Convention (see Art. 49). The European Court of Justice has concluded that the Regulation applies to a pecuniary penalty that must be paid to the State insofar as it is related to a dispute between two private persons (see ECJ Judgment of 18 October 2011, *Realchemie Nederland v. Bayer*, C-406/09).

---

## Note concernant l'« ouverture » des Conventions de la HCCH

ÉTABLIE PAR LE BUREAU PERMANENT

Document préliminaire No 4 de mai 2019

---

### I INTRODUCTION

1 La présente Note vise à refléter et catégoriser les différentes approches adoptées dans 37 Conventions et Protocoles de la HCCH sur la manière dont les relations conventionnelles sont établies entre Parties contractantes<sup>1</sup>. Pour ce faire, elle exposera les différentes approches en matière d'« ouverture » d'une Convention en tenant compte des questions suivantes :

- L'adhésion à une Convention ou à un Protocole établit-elle « automatiquement » des relations conventionnelles entre un nouvel État adhérent et tous les autres États contractants (existants)<sup>2</sup>, ou l'établissement de relations conventionnelles est-il soumis à d'autres mesures (ou à l'inaction, selon le cas) par un État contractant existant (par ex. une acceptation expresse ou un rejet, ou l'absence d'objection ou veto) ?
- Existe-t-il des différences dans la manière dont les relations conventionnelles sont établies selon qu'un État adhère par voie de *ratification* ou d'*adhésion* ?
- Le régime d'établissement des relations conventionnelles fait-il une distinction entre les *Membres* et les *non-Membres* de la HCCH ?
- Si tel est le cas, le fait qu'un Membre ait participé ou non à la Session diplomatique (ou l'équivalent d'une Session diplomatique, tel qu'une Commission spéciale à caractère diplomatique) qui a finalisé ou adopté la Convention a-t-il une incidence ?
- Quelles sont les raisons politiques qui peuvent sous-tendre le système à adopter dans une Convention ?
- Le fait que la Convention traite uniquement des questions de droit applicable ou (également) des questions de compétence et/ou de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers constitue-t-il une différence ?

---

<sup>1</sup> La HCCH a adopté 39 Conventions et autres instruments législatifs depuis 1951 (autre que le Statut). Le *Protocole additionnel du premier février 1971 à la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale* et les *Principes de la HCCH de 2015 sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux* (un instrument juridique non contraignant) n'ont pas été pris en compte aux fins de la présente Note. Par conséquent, l'analyse ne portera que sur 37 instruments de la HCCH, énumérés et numérotés à l'annexe I.

<sup>2</sup> Sauf indication contraire, les références générales dans la présente Note aux « Conventions de la HCCH » ou aux « Conventions » comprennent les Protocoles de la HCCH pertinents. En outre, toute référence dans la présente Note à un « État contractant » ou à un « État » s'applique également, le cas échéant, aux Organisations régionales d'intégration économique.

2 Parmi ces 37 Conventions et Protocoles adoptés par la HCCH depuis 1951, tous sauf quatre ont limité leur « ouverture » sous diverses formes. Il est intéressant de noter que parmi les instruments entièrement ouverts figurent deux des Conventions de la HCCH les plus récentes, dont la *Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for* (ci-après, la « Convention Élection de for de 2005 »)<sup>3</sup>. Lorsque des limites à l'« ouverture » d'une Convention ont été imposées, elles concernent soit (A) la signature/ratification de la Convention, (B) l'adhésion à la Convention, ou (C) les « accords additionnels » postérieurs à la ratification ou à l'adhésion<sup>4</sup>.

### II « OUVERTURE » DES CONVENTIONS DE LA HCCH

3 Les Conventions de la HCCH comportent généralement deux mécanismes par lesquels les États peuvent y adhérer : soit un État *signe* puis *ratifie*, *accepte* ou *approuve* une Convention<sup>5</sup>, soit un État *adhère* à une Convention. Ces deux mécanismes peuvent faire l'objet de restrictions, qui peuvent prendre diverses formes.

4 En ce qui concerne (A) la **signature**, suivie de la **ratification**, de l'acceptation ou de l'approbation, les Conventions de la HCCH ont adopté les approches suivantes :

- 1) la signature n'est pas limitée et est ouverte à tous les États (quatre Conventions<sup>6</sup>) ;
- 2) la signature est limitée (33 Conventions) :
  - a) aux États qui étaient Membres de la HCCH au moment de l'adoption de la Convention<sup>7</sup> ; ou
  - b) aux États qui étaient représentés ou désignés à la Session diplomatique (ou l'équivalent) ayant finalisé l'instrument<sup>8</sup> ; ou
  - c) à la fois aux États membres au moment de l'adoption de l'instrument et aux « autres » États, ou aux États « non membres » qui ont participé (et dans un cas, ont été *invités à participer à son élaboration*<sup>9</sup>) à la Session diplomatique pertinente<sup>10</sup>.

5 En ce qui concerne (B) l'**adhésion**, les Conventions de la HCCH ont adopté les approches suivantes :

- 1) l'adhésion n'est pas limitée et est ouverte à tous les États (« adhésion non limitée ») (12 Conventions<sup>11</sup>) ;
- 2) l'adhésion est limitée aux États qui ont participé à la Session diplomatique pertinente ou qui sont devenus Membres de la HCCH (ou Membres d'autres organisations internationales ou Parties à des accords interna-

---

<sup>3</sup> Les quatre instruments de la HCCH entièrement ouverts sont les Conventions 1 à 4 de l'annexe I.

<sup>4</sup> Pour un aperçu exhaustif des différents systèmes, voir l'annexe I.

<sup>5</sup> La signature d'une Convention ne crée pas d'obligations contraignantes pour l'État signataire ; elle l'oblige simplement à s'abstenir d'adopter des actes qui iraient à l'encontre de l'objectif de la Convention. Les obligations contraignantes ne résultent que de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation ultérieure. Une adhésion crée également des obligations contraignantes.

<sup>6</sup> Voir annexe I, Conventions 1 à 4 ; voir *infra*, para. 7 et 8.

<sup>7</sup> Voir annexe I, Conventions 9 à 14, 18, 20 et 21, 23 et 24, 28 ; voir *infra* para. 9 à 11.

<sup>8</sup> Voir annexe I, Conventions 5 à 8, 15 et 16, 25 à 27, et 29 à 37 ; voir *infra* para. 12.

<sup>9</sup> Voir annexe I, Convention 17.

<sup>10</sup> Voir annexe I, Conventions 17, 19, 22. Cette catégorie est plus large que les approches classiques des catégories 2(a) et 2(b) ; voir *infra* para. 13 et 14.

<sup>11</sup> Voir annexe I, Conventions 1 à 12.

---

## Note on the “openness” of HCCH Conventions

DRAWN UP BY THE PERMANENT BUREAU

*Preliminary Document No 4 of May 2019*

---

### I INTRODUCTION

1 The purpose of this Note is to reflect and categorise the different approaches taken in 37 previous HCCH Conventions and Protocols on how treaty relations are established between Contracting Parties.<sup>1</sup> It will do so by outlining the different approaches on the “openness” of a Convention taking into consideration the following questions:

- Does joining a Convention or Protocol “automatically” establish treaty relations between a newly joining State and all other (existing) Contracting States,<sup>2</sup> or is the establishment of treaty relations subject to *further action* (or inaction, as the case may be) by an existing Contracting State (*e.g.*, an explicit acceptance or rejection, or the absence of an objection or veto)?
- Are there differences in how treaty relations are established depending on whether a State joins by way of *ratification* or *accession*?
- Does the regime for establishing treaty relations distinguish between *Members* and *non-Members* of the HCCH?
- If so, does it make a difference whether a Member participated in the Diplomatic Session (hereinafter, “DS”) (or the equivalent of a DS, such as a Special Commission of a diplomatic nature) that finalised or adopted the Convention?
- What are the policy reasons that may underlie the system to be adopted in a Convention?
- Does it make a difference whether the Convention only deals with applicable law issues or (also) with questions of jurisdiction and/or recognition and enforcement of foreign judgments?

---

<sup>1</sup> The HCCH has adopted 39 Conventions and other legislative instruments since 1951 (other than the Statute). The *Supplementary Protocol of 1 February 1971 to the Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters* and the *2015 HCCH Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts* (a soft law instrument) were not considered for the purpose of this Note. Therefore, the analysis will only regard 37 HCCH instruments, as listed and numbered in Annex I.

<sup>2</sup> Unless otherwise specified, general references in this Note to “HCCH Conventions” or “Conventions” include relevant HCCH Protocols. Also, any reference in this Note to “Contracting State” or “State” applies equally, where appropriate, to Regional Economic Integration Organisations.

2 Amongst those 37 Conventions and Protocols adopted by the HCCH since 1951 all but four have limited their “openness” in various forms. Interestingly, amongst the fully open instruments are two of the most recent HCCH Conventions, including the *Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements* (hereinafter, the “2005 Choice of Court Convention”).<sup>3</sup> Where limitations upon the “openness” of a Convention have been introduced, they relate to either the (A) signature/ratification of, (B) accession to the Convention, or (C) “supplementary agreements”, subsequent to ratification or accession.<sup>4</sup>

### II “OPENNESS” OF HCCH CONVENTIONS

3 HCCH Conventions generally distinguish two mechanisms through which States may join them: a State either *signs* and subsequently *ratifies*, *accepts* or *approves* a Convention,<sup>5</sup> or a State *accedes* to a Convention. Either of these mechanisms may be subject to restrictions, which take various forms.

4 As far as (A) **signature**, followed by **ratification**, acceptance or approval, is concerned, the HCCH Conventions have adopted the following approaches:

- 1) signature is unrestricted and open to all States (four Conventions<sup>6</sup>);
- 2) signature is restricted (33 Conventions):
  - a) to States that were Members of the HCCH at the time of the adoption of the Convention;<sup>7</sup> or
  - b) to States that were represented or named at the DS (or equivalent thereof) that finalised the instrument;<sup>8</sup> or
  - c) to both Member States at the time of adoption of the instrument, and to the “other” or “non-Member” States that participated (and in one case, were *invited to participate in its preparation*<sup>9</sup>) in the relevant DS.<sup>10</sup>

5 Regarding (B) **accession**, the HCCH Conventions have adopted the following approaches:

- 1) accession is unrestricted and open to all States (“unrestricted accession”) (12 Conventions<sup>11</sup>);
- 2) accession is restricted to States which participated in the relevant DS, or which became Members of the HCCH (or Members of other international organisations, or Parties to international agreements) after the date of

---

<sup>3</sup> The four fully open HCCH instruments are Conventions 1-4 in Annex I.

<sup>4</sup> For a full overview of the various systems, see Annex I.

<sup>5</sup> The signing of a Convention does not create binding obligations upon the signing State; it merely obliges the State to refrain from adopting acts which would defeat the purpose of the Convention. Binding obligations only result from the subsequent ratification, acceptance or approval. An accession also creates binding obligations.

<sup>6</sup> See Annex I, Conventions 1-4; see *infra* paras 7-8.

<sup>7</sup> See Annex I, Conventions 9-14, 18, 20-21, 23-24, and 28; see *infra* paras 9-11.

<sup>8</sup> See Annex I, Conventions 5-8, 15-16, 25-27, and 29-37; see *infra* para. 12.

<sup>9</sup> See Annex I, Convention 17.

<sup>10</sup> See Annex I, Conventions 17, 19, 22. This category is broader than the pure approaches under categories 2(a) and 2(b); see *infra* paras 13-14.

<sup>11</sup> See Annex I, Conventions 1-12.

tionaux) après la date de la Session diplomatique qui a finalisé ou adopté l'instrument (deux Conventions<sup>12</sup>) (« adhésion limitée ») ; et/ou

3) dans certaines cas, l'adhésion (non limitée ou limitée) est soumise à l'approbation supplémentaire des États contractants qui ont déjà *signé* ou *ratifié* la Convention, ou qui le feront ultérieurement ; ou des États contractants qui ont déjà *adhéré* à la Convention. Dans les deux cas, l'approbation se fait par le biais de « mécanismes de bilatéralisation » qui sont fondés sur l'action ou l'inaction d'autres États contractants (23 Conventions) et comprennent :

- a) l'acceptation tacite de l'adhésion<sup>13</sup> ;
- b) l'acceptation expresse de l'adhésion<sup>14</sup> ; ou
- c) l'absence d'objection de la part d'un État signataire/ratifiant actuel (approche « veto »)<sup>15</sup>.

6 Enfin, une Convention de la HCCH exige que (C) des **accords additionnels** soient conclus entre les États contractants (c.-à-d., indépendamment du fait qu'ils aient adhéré à la Convention par voie de signature/ratification ou d'adhésion) pour que la Convention puisse produire les effets attendus entre ces États<sup>16</sup>.

## A Signature

### 1 Signature non limitée

7 Il existe quatre Conventions de la HCCH ouvertes à la signature (et à la ratification, l'acceptation ou l'approbation ultérieures) de tout État :

- la *Convention du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* (ci-après, la « Convention Contrats de vente de 1986 ») ;
- la Convention Élection de for de 2005 ;
- la *Convention du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire* (ci-après, la « Convention Titres de 2006 ») ;
- le *Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires*.

8 Tous ces instruments ont également adopté une approche non limitée en matière d'adhésion. Par conséquent, ils sont « pleinement ouverts »<sup>17</sup>.

### 2 a) Signature limitée aux Membres de la HCCH

9 Douze Conventions de la HCCH ont limité leur signature uniquement aux États qui étaient Membres de la HCCH au moment de la Session diplomatique pertinente<sup>18</sup>. Par exemple, l'article 30 de la *Convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires* dispose ce qui suit :

« La Convention est ouverte à la signature des États qui étaient membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Douzième session. »

10 Il est important de noter que, dans le cadre de ce régime, il importe peu que l'État membre ait effectivement participé ou non à la Session diplomatique pertinente.

11 Il convient de noter qu'avec l'augmentation du nombre de Membres de l'Organisation (36 nouveaux Membres depuis 2000 représentant 43 % des Membres ; 2000 : 47 Membres ; 2019 : 83 Membres), la distinction entre États membres et États non membres perd de son importance et cette restriction éventuelle perd ainsi sa pertinence.

### 2 b) Signature limitée aux États représentés ou désignés à la Session diplomatique pertinente

12 Dans le cadre de ce régime, la signature n'est ouverte qu'aux États (qu'ils étaient Membres ou non à l'époque de la Session diplomatique pertinente) qui étaient représentés à la Session diplomatique ou qui y étaient expressément identifiés. Cette approche s'applique à 18 Conventions de la HCCH<sup>19</sup>.

### 2 c) Signature limitée aux États membres ou aux « autres » États participant à la Session diplomatique pertinente

13 Afin de contrer l'effet potentiellement limité de l'une ou l'autre de ces approches, trois Conventions de la HCCH autorisent la signature non seulement des Membres mais aussi des non-Membres qui ont participé à la Session diplomatique ayant adopté la Convention<sup>20</sup>. Par exemple, la *Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* (ci-après, la « Convention Adoption internationale de 1993 ») est ouverte à la signature des États qui étaient « Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de » la Session diplomatique pertinente, ainsi que des « autres États qui ont participé à cette Session »<sup>21</sup>. La participation d'États non membres a été jugée essentielle étant donné que de nombreux enfants adoptés à l'étranger provenaient de ces États<sup>22</sup>. Un article analogue figure dans la *Convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille*<sup>23</sup>.

14 La *Convention du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice* (ci-après, la « Convention Accès à la justice de 1980 ») est la seule à autoriser la signature des Membres et des « États non-Membres [qui ont été] invités [à participer] à son élaboration »<sup>24</sup>. L'accent mis sur l'invitation à participer à son élaboration, indépendamment de leur participation à la Session diplomatique elle-même, est propre à la présente Convention. Les autres États invités étaient des Parties contractantes à la *Conven-*

<sup>12</sup> Voir annexe I, Conventions 13 et 14.

<sup>13</sup> Voir annexe I, Conventions 15 à 24 ; voir *infra* para. 25 à 28.

<sup>14</sup> Voir annexe I, Conventions 25 à 31 ; voir *infra* para. 29 à 33.

<sup>15</sup> Voir annexe I, Conventions 32 à 36 ; voir *infra* para. 34 à 36.

<sup>16</sup> Voir annexe I, Convention 37, art. 21 ; voir *infra* para. 37 et 38.

<sup>17</sup> Voir annexe I, Conventions 1 à 4.

<sup>18</sup> Voir annexe I, Conventions 9 à 14, 18, 20 et 21, 23 et 24, et 28.

<sup>19</sup> Voir annexe I, Conventions 5 à 8, 15 et 16, 25 à 27 et 29 à 37. Sur ces 18 Conventions, deux d'entre elles désignent les États non membres spécifiques qui sont autorisés à signer (les Conventions 16 et 37 de l'annexe I).

<sup>20</sup> Voir annexe I, Conventions 17, 19 et 22.

<sup>21</sup> Voir annexe I, Convention 19, art. 43.

<sup>22</sup> Voir G. Parra-Aranguren, Rapport explicatif sur la Convention Adoption internationale de 1993, in *Actes et documents de la Dix-septième session (1993)*, tome II, *Adoption – coopération*, La Haye, SDU, 1994, p. 538 à 650 (également disponible sur le site web de la HCCH à l'adresse <www.hcch.net>, sous les rubriques « Publications » puis « Rapports explicatifs »), p. 542, au para. 5.

<sup>23</sup> Voir annexe I, Convention 22, art. 58.

<sup>24</sup> Voir annexe I, Convention 17, art. 31 (c'est nous qui soulignons).

the DS that finalised or adopted the instrument (two Conventions<sup>12</sup>) (“restricted accession”); and/or

- 3) in some circumstances, accession (either unrestricted or restricted) is subject to the additional approval of Contracting States that already have, or subsequently will, *sign/ratify* the Convention; or of Contracting States that have already *acceded* to the Convention. In either case, the approval occurs through “bilateralisation mechanisms” which are based on the action, or inaction, of other Contracting States (23 Conventions) and include:

- a) a tacit acceptance of the accession;<sup>13</sup>
- b) an explicit acceptance of the accession;<sup>14</sup> or
- c) the absence of any objection by an existing signing/ratifying State (“veto” approach).<sup>15</sup>

6 Finally, one HCCH Convention requires (C) **supplementary agreements** to be concluded amongst Contracting States (*i.e.*, independently of whether they joined the Convention by way of signature/ratification or accession) for the Convention to deploy its intended effect between these States.<sup>16</sup>

#### A Signature

##### 1 Unrestricted signature

7 There are four HCCH Conventions open to signature (and subsequent ratification, acceptance or approval) by any State:

- the *Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods* (hereinafter, the “1986 Sales Convention”);
- the 2005 Choice of Court Convention;
- the *Convention of 5 July 2006 on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary* (hereinafter, the “2006 Securities Convention”);
- the *Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations*.

8 All these instruments also adopt an unrestricted approach in relation to accession. They are thus “fully open”.<sup>17</sup>

##### 2 a) Signature restricted to HCCH Members

9 Twelve HCCH Conventions have restricted their signature purely to States that were HCCH Members at the time of the relevant DS.<sup>18</sup> For example, the *Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations* states in Article 30:

“This Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Twelfth Session.”

10 Importantly, under this scheme, it does not make a difference whether or not the Member State actually participated in the relevant DS.

11 It should be noted that with the growing membership of the Organisation (36 new Members since 2000 representing 43% of membership; 2000: 47 Members; 2019: 83 Members), the distinction between Member States and non-Member States is becoming less important and this possible restriction thus loses its relevance.

##### 2 b) Signature restricted to States represented or named at the relevant DS

12 Under this scheme, signature is only open to States – whether or not they were Members at the time of the relevant DS – that were represented at, or were expressly identified by, the DS. This approach applies to 18 HCCH Conventions.<sup>19</sup>

##### 2 c) Signature restricted to Member States, and to “other” States participating at the relevant DS

13 In order to counter the potentially narrow effect of either above approaches, three HCCH Conventions allow for signature not only by Members, but also by non-Members that participated in the DS that adopted the Convention.<sup>20</sup> For example, the *Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption* (hereinafter, the “1993 Intercountry Adoption Convention”) is open to signature by States which were “Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of” the relevant DS, as well as by the “other States which participated in that Session”.<sup>21</sup> The participation of non-Member States was considered essential given that many of the children adopted from abroad originated from these States.<sup>22</sup> An analogous Article appears in the *Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*.<sup>23</sup>

14 Uniquely, the *Convention of 25 October 1980 on International Access to Justice* (hereinafter, the “1980 Access to Justice Convention”) allows for signature by Members and “non-Member States which were invited to participate in its preparation”.<sup>24</sup> The emphasis on invitation to participate in its preparation, regardless of their participation in the DS itself, is unique to this Convention. The other invited States were States that were Contracting Parties to the Con-

<sup>12</sup> See Annex I, Conventions 13-14.

<sup>13</sup> See Annex I, Conventions 15-24; see *infra* paras 25-28.

<sup>14</sup> See Annex I, Conventions 25-31; see *infra* paras 29-33.

<sup>15</sup> See Annex I, Conventions 32-36; see *infra* paras 34-36.

<sup>16</sup> See Annex I, Convention 37, Art. 21; see *infra* paras 37-38.

<sup>17</sup> See Annex I, Conventions 1-4.

<sup>18</sup> See Annex I, Conventions 9-14, 18, 20-21, 23-24, and 28.

<sup>19</sup> See Annex I, Conventions 5-8, 15-16, 25-27 and 29-37. Of these 18 Conventions, two name the specific non-Member States that are permitted to sign (Conventions 16 and 37 in Annex I).

<sup>20</sup> See Annex I, Conventions 17, 19 and 22.

<sup>21</sup> See Annex I, Convention 19, Art. 43.

<sup>22</sup> See G. Parra-Aranguren, Explanatory Report on the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention, in *Proceedings of the Seventeenth Session (1993)*, Tome II, *Adoption – co-operation*, The Hague, SDU, 1994, pp. 539-651 (also available on the HCCH website at <www.hcch.net>, under “Publications” then “Explanatory Reports”), p. 543, at para. 5.

<sup>23</sup> See Annex I, Convention 22, Art. 58.

<sup>24</sup> See Annex I, Convention 17, Art. 31 (emphasis added).

tion du premier mars 1954 relative à la procédure civile, que la Convention Accès à la justice de 1980 a partiellement révisée<sup>25</sup>.

## B Adhésion

15 La présente section traite des trois principaux moyens par lesquels la possibilité d'adhérer aux Conventions de la HCCH peut s'exercer. Premièrement, l'adhésion peut être « non limitée » (voir *infra* B.1). Deuxièmement, l'accès à l'adhésion peut être « limité » aux États qui détiennent certaines adhésions (voir *infra* B.2)<sup>26</sup>. Troisièmement, certaines Conventions (mais pas toutes) imposent d'autres obligations aux Parties contractantes existantes de donner effet à l'adhésion d'un nouvel État partie (voir *infra* B.3) par le biais de « mécanismes de bilatéralisation », qui peuvent se superposer aux deux modes d'adhésion, limitée et non limitée.

### 1 Adhésion non limitée

16 Il existe 12 Conventions de la HCCH qui adoptent une approche purement « non limitée » de l'adhésion<sup>27</sup>. Par exemple, l'article 27 de la Convention Élection de for de 2005 dispose ce qui suit :

« Tout État pourra adhérer à la présente Convention. »

17 Selon cette approche, les relations conventionnelles sont automatiquement établies entre un nouvel État adhérent et les États contractants existants.

18 Le fait d'offrir aux États une gamme d'options la plus étendue possible pour adhérer aux traités a été considéré comme une raison d'adopter cette approche dans ces 12 Conventions, dont la majorité ne traite que de la loi applicable<sup>28</sup>.

19 Il est intéressant de noter que toutes ces Conventions sur la loi applicable fonctionnent *erga omnes* (c.-à-d. que la loi désignée par la règle de conflit de lois s'applique même si elle est celle d'un État qui n'est pas Partie à la Convention)<sup>29</sup>. L'objectif premier de ces Conventions est de faire en sorte qu'une question pertinente soit régie par le même droit matériel, indépendamment du for. Les Conventions qui régissent la loi applicable sont mieux servies par la participation universelle. Conformément à cet objectif, ces Conventions adoptent une approche non limitée de l'adhésion (c.-à-d., qu'elles rendent l'adhésion également acces-

sible aux États non membres ou aux États qui n'étaient pas représentés à la Session diplomatique pertinente)<sup>30</sup>.

## 2 Adhésion limitée

20 Il existe deux Conventions qui adoptent une approche purement « limitée » de l'adhésion<sup>31</sup>. Cinq autres Conventions adoptent une approche « limitée » de l'adhésion assortie de « mécanismes de bilatéralisation » additionnels (voir *infra* B.3)<sup>32</sup>.

21 Ces Conventions limitent l'adhésion aux États qui deviennent Membres de la HCCH après la Session diplomatique pertinente, ou qui sont Membres de l'Organisation des Nations Unies ou Parties à la Cour internationale de Justice. Par exemple, la *Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits* et la *Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires* contiennent des dispositions analogues qui disposent que :

« Tout État qui n'est devenu Membre de la Conférence qu'après la Douzième session, ou qui appartient à l'Organisation des Nations Unies ou à une institution spécialisée de celle-ci, ou est Partie au Statut de la Cour internationale de Justice, pourra adhérer à la présente Convention [...]. »<sup>33</sup>

22 Tout en limitant techniquement le nombre d'États susceptibles d'adhérer, en réalité, ce régime, lié à l'appartenance à des organisations telles que l'Organisation des Nations Unies, a progressivement conduit à un niveau d'« ouverture » assez élevé : par exemple, en 1973, l'Organisation des Nations Unies comptait 135 Membres et en compte désormais 193.

23 La limitation de l'adhésion n'est plus une pratique répandue dans les Conventions de la HCCH. Dans le passé, la notion selon laquelle la HCCH « était un club de nations qui se sont mis d'accord pour essayer d'unifier, dans un effort commun, les règles de droit international privé »<sup>34</sup> a été utilisée pour expliquer la différence de procédure pour les États non membres de la HCCH en ce qui concerne ces Conventions. Comme le nombre de Membres de la HCCH a considérablement augmenté depuis lors, la distinction perd de son importance et, par conséquent, l'approche de l'adhésion limitée n'a pas été utilisée depuis 1973.

### 3 Adhésion soumise à des « mécanismes de bilatéralisation »

24 Plusieurs Conventions de la HCCH soumettent l'adhésion (limitée ou non) à d'autres « mécanismes de bilatéralisation ». Celles-ci exigent de nouvelles mesures, ou l'inaction, de la part des États contractants actuels ou futurs qui ont signé/ratifié la Convention à l'égard des États adhérents. Les raisons politiques de l'adoption d'un « mécanisme de bilatéralisation » particulier ont varié non seulement en fonction de l'objet et de la nature de la Convention concernée, mais aussi en raison de l'évolution des points de

<sup>25</sup> Voir G. Möller, Rapport explicatif sur la Convention Accès à la justice de 1980, in *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, tome IV, *Entraide judiciaire*, La Haye, Imprimerie Nationale, 1983, p. 260 à 290 (également disponible sur le site web de la HCCH, voir chemin d'accès indiqué dans la note 22), p. 264, note 9.

<sup>26</sup> La présente section traite des principales restrictions à l'accès à l'adhésion. Toutefois, l'adhésion peut également être soumise à d'autres conditions qui ne sont pas abordées dans la présente Note. Par ex., l'adhésion peut ne pas devenir disponible qu'après l'entrée en vigueur de la Convention : voir l'art. 54 de la *Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes*.

<sup>27</sup> Voir annexe I, Conventions 1 à 12.

<sup>28</sup> Voir R. Goode, H. Kanda et K. Kreuzer, avec l'aide de C. Bernasconi, Rapport explicatif sur la Convention Titres de 2006, in *Actes et documents de la Dix-neuvième session (2002)*, tome II, *Titres*, Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 576 à 740 (également disponible sur le site web de la HCCH, voir chemin d'accès indiqué à la note 22), p. 716 ; A.T. von Mehren, Rapport explicatif sur la Convention Contrats de vente de 1986, in *Actes et documents de la Session extraordinaire d'octobre 1985 (1985), Conférence diplomatique sur la loi applicable aux contrats de vente*, La Haye, Imprimerie Nationale, 1987, p. 710 à 756 (*id.*), p. 756, au para. 194. Voir annexe I ; les Conventions 1, 3 à 5, 7 à 9, 11 et 12 ne traitent que de la loi applicable.

<sup>29</sup> Voir annexe I, Convention 9, art. 2, qui dispose que « [l]a Convention s'applique même si la nationalité ou la résidence habituelle des époux ou la loi applicable en vertu des articles ci-dessous ne sont pas celles d'un État contractant ». Voir A.E. von Overbeck, Rapport explicatif sur la Convention Régimes matrimoniaux de 1978, in *Actes et documents de la Treizième session (1976)*, tome II, *Régimes matrimoniaux*, La Haye, Imprimerie Nationale, 1978, p. 328 à 383 (*id.*), p. 332, aux para. 15 et 16.

<sup>30</sup> Voir aussi D.W.M. Waters, Rapport explicatif sur la Convention Successions de 1989, in *Actes et documents de la Seizième session (1988)*, tome II, *Successions – loi applicable*, La Haye, SDU, 1990, p. 526 à 616 (*id.*), p. 614, au para. 148.

<sup>31</sup> Voir annexe I, Conventions 13 et 14.

<sup>32</sup> Voir annexe I, Conventions 23, 24 et 29 à 31.

<sup>33</sup> Voir annexe I, Convention 13, art. 21 ; Convention 14, art. 18.

<sup>34</sup> Voir W.L.M. Reese, Rapport explicatif sur la Convention Responsabilité des produits de 1973, in *Actes et documents de la Douzième session (1972)*, tome III, *Responsabilité du fait des produits*, La Haye, Imprimerie Nationale, 1974, p. 252 à 273 (également disponible sur le site web de la HCCH, voir chemin d'accès indiqué à la note 22), aux p. 272 et 273.

vention of 1 March 1954 on civil procedure, which the 1980 Access to Justice Convention partially revised.<sup>25</sup>

## B Accession

15 This section addresses the three principal ways in which the availability of accession to HCCH Conventions operates. First, accession may be “unrestricted” (see *infra* B.1). Secondly, the availability of accession may be “restricted” to States holding certain memberships (see *infra* B.2).<sup>26</sup> Thirdly, some (but not all) Conventions impose further obligations upon existing Contracting Parties to give effect to the accession of a new State Party (see *infra* B.3) through “bilateralisation mechanisms”, which can overlay with both the restricted and the unrestricted modes of accession.

### 1 Unrestricted accession

16 There are 12 HCCH Conventions adopting a purely “unrestricted” approach to accession.<sup>27</sup> For example, the 2005 Choice of Court Convention states in Article 27:

“This Convention is open for accession by all States.”

17 Under this approach, treaty relations are automatically established between a newly acceding State and existing Contracting States.

18 Providing the broadest possible set of options for States to join treaties has been considered a reason to adopt this approach in these 12 Conventions, the majority of which deal only with applicable law.<sup>28</sup>

19 Interestingly, all these Conventions on applicable law operate on an *erga omnes* basis (*i.e.*, the law designated by the conflict of laws rule applies even if it is the law of a State that is not Party to the Convention).<sup>29</sup> The primary goal of these Conventions is to ensure that a relevant issue is governed by the same substantive law, independently of the forum. Conventions which set out applicable law are best served by universal participation. In line with this goal, these Conventions take an unrestricted approach to accession (*i.e.*, they make accession also available to non-

Member States or States that were not represented at the relevant DS).<sup>30</sup>

### 2 Restricted accession

20 There are two Conventions adopting a purely “restricted” approach to accession.<sup>31</sup> Five other Conventions adopt a “restricted” approach to accession in combination with additional “bilateralisation mechanisms” (discussed *infra* B.3).<sup>32</sup>

21 These Conventions restrict accession to States which become Members of the HCCH after the relevant DS, or which are a Member of the United Nations or Party to the International Court of Justice. For example, the *Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Products Liability* and the *Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations* have analogous provisions which state:

“Any State which has become a Member of the Hague Conference on Private International Law after the date of its Twelfth Session, or which is a Member of the United Nations or of a specialised agency of that Organisation, or a Party to the Statute of the International Court of Justice may accede to this Convention [...]”<sup>33</sup>

22 While technically limiting the circle of States that may accede, in reality, this scheme, linked to membership of organisations such as the United Nations, has progressively led to a rather high level of “openness”: for example, in 1973, the United Nations had 135 Members whereas now it has 193.

23 Restricting accession is no longer common in HCCH Conventions. In the past, the notion that the HCCH “is a club of nations who agree to strive, in a common effort, to unify rules of private international law”<sup>34</sup> was used to explain the difference in procedure for non-HCCH Members in respect of such Conventions. As the HCCH has significantly increased its membership since then, the distinction loses its importance and, as a result, the restricted accession approach has not been used since 1973.

### 3 Accession subject to “bilateralisation mechanisms”

24 Several HCCH Conventions subject accession (either unrestricted or restricted) to further “bilateralisation mechanisms”. These require further action, or inaction, by existing or future Contracting States that have signed/ratified the Convention, in relation to acceding States. The policy reasons for adopting a particular “bilateralisation mechanism” have varied not only based on the subject matter and nature of the Convention concerned, but also as a result of

<sup>25</sup> See G. Möller, Explanatory Report on the 1980 Hague Access to Justice Convention, in *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, Tome IV, *Judicial co-operation*, The Hague, Imprimerie Nationale, 1983, pp. 260-290 (also available on the HCCH website, see path indicated in note 22), p. 264, note 9.

<sup>26</sup> This section addresses salient restrictions upon the availability of accession. However, accession may also be subject to other requirements which are not discussed in this Note. For example, accession may only become available once the Convention has entered into force: see Art. 54 of the *Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults*.

<sup>27</sup> See Annex I, Conventions 1-12.

<sup>28</sup> See R. Goode, H. Kanda and K. Kreuzer, with the assistance of C. Bernasconi, Explanatory Report on the 2006 Hague Securities Convention, in *Proceedings of the Nineteenth Session (2002)*, Tome II, *Securities*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 577-741 (also available on the HCCH website, see path indicated in note 22), at p. 717; A.T. von Mehren, Explanatory Report on the 1986 Hague Sales Convention, in *Proceedings of the Extraordinary Session of October 1985 (1985)*, *Diplomatic Conference on the law applicable to sales contracts*, The Hague, Imprimerie Nationale, 1987, pp. 711-757 (*id.*), p. 757, au para. 194. See Annex I; Conventions 1, 3-5, 7-9 and 11-12 deal only with applicable law.

<sup>29</sup> See Annex I, Convention 9, Art. 2, which states that “[t]he Convention applies even if the nationality or the habitual residence of the spouses or the law to be applied by virtue of the following Articles is not that of a Contracting State”. See A.E. von Overbeck, Explanatory Report on the 1978 Hague Matrimonial Property Regimes Convention, in *Actes et documents de la Treizième session (1976)*, Tome II, *Matrimonial property regimes*, The Hague, Imprimerie Nationale, 1978, pp. 328-383 (*id.*), p. 332, at paras 15-16.

<sup>30</sup> See also D.W.M. Waters, Explanatory Report on the 1989 Hague Succession to Estates Convention, in *Proceedings of the Sixteenth Session (1988)*, Tome II, *Succession to estates – applicable law*, The Hague, SDU, 1990, pp. 527-617 (*id.*), p. 615, at para. 148.

<sup>31</sup> See Annex I, Conventions 13-14.

<sup>32</sup> See Annex I, Conventions 23-24 and 29-31.

<sup>33</sup> See Annex I, Convention 13, Art. 21; Convention 14, Art. 18.

<sup>34</sup> See W.L.M. Reese, Explanatory Report on the 1973 Hague Products Liability Convention, in *Actes et documents de la Douzième session (1972)*, Tome III, *Responsabilité du fait des produits*, The Hague, Imprimerie Nationale, 1974, pp. 252-273 (also available on the HCCH website, see path indicated in note 22), at pp. 272-273.

vue sur la signature et la ratification comme « privilège » exclusif des Membres de la HCCH et sur le rôle de ses Conventions au-delà de son adhésion.

a « Acceptation tacite » de l'adhésion<sup>35</sup>

25 Selon l'approche de l'« acceptation tacite », une Convention entrera en vigueur entre l'État adhérent et chaque État contractant qui ne s'oppose pas expressément à l'adhésion dans un certain délai. Une fois la période d'objection écoulée, le nouvel État adhérent aura des relations conventionnelles avec tous les États contractants existants qui n'ont pas formulé d'objection. Cette approche est adoptée dans 10 Conventions de la HCCH, notamment dans la *Convention du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers* (ci-après, la « Convention Apostille de 1961 »), dont l'article 12 dispose ce qui suit :

« L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'État adhérent et les États contractants qui n'auront pas élevé d'objection à son encontre [...] »

26 Alors que la Convention Apostille de 1961 (et la *Convention du premier juin 1956 concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères*) ne permet qu'aux États qui étaient Parties contractantes au moment de la nouvelle adhésion de formuler une objection à l'adhésion, toutes les autres Conventions qui adoptent l'approche de l'« acceptation tacite » permettent aux États membres<sup>36</sup> et aux États contractants non membres<sup>37</sup> de soulever une objection, même lorsqu'ils ratifient ou approuvent la Convention après une adhésion.

27 Dans le cas de la Convention Adoption internationale de 1993, l'« acceptation tacite » a également été adoptée, autorisant l'adhésion de tout autre État à moins qu'une objection ne soit formulée dans les six mois. Cette approche a été jugée la plus appropriée car la Convention est fondée sur un système de coopération entre États exigeant une confiance mutuelle, et par conséquent rendant inopportune une adhésion sans discrimination<sup>38</sup>. Inversement, adopter une approche d'« acceptation expresse » dans cette Convention exigerait plus d'actions de la part des États et plus de temps pour l'établissement de relations conventionnelles. Cela aurait également limité l'attrait de la Convention pour certains États non contractants et donc son efficacité<sup>39</sup>.

28 Une autre Convention qui adopte l'approche de l'« acceptation tacite » est la *Convention du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*<sup>40</sup>. Au cours des négociations de cette Convention, l'une des questions abordées était de savoir si les États qui ne reconnaissent pas les trusts dans leur système juridique ne devraient avoir qu'à reconnaître les trusts liés à un autre État contractant. Si les États étaient généralement disposés à accepter la première approche, un certain nombre de dé-

légations ont préféré restreindre la reconnaissance des trusts créés selon la législation d'un État contractant. Il en est ressorti l'application *erga omnes* de la Convention, avec l'ajout toutefois de l'article 21 qui dispose que « [t]out État contractant pourra se réserver le droit de n'appliquer les dispositions du chapitre III [Reconnaissance] qu'aux trusts dont la validité est régie par la loi d'un État contractant ». Ainsi, l'approche de l'« acceptation tacite » de l'article 28, conjuguée au mécanisme de réserve expresse de l'article 21, signifie que les États peuvent à la fois s'opposer à l'établissement de relations conventionnelles avec un État et refuser de reconnaître tout trust régi par la loi de cet État, où qu'il survienne.

b « Acceptation expresse » de l'adhésion

29 L'approche de l'« acceptation expresse » se réfère aux cas où une Convention n'entre en vigueur qu'entre un État adhérent et un État contractant qui déclare expressément son acceptation d'une telle adhésion. Cette approche est adoptée dans sept Conventions de la HCCH<sup>41</sup>, notamment dans la *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (ci-après, la « Convention Enlèvement d'enfants de 1980 »)<sup>42</sup> et la *Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale*<sup>43</sup>, qui disposent que :

« L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'État adhérent et les États contractants qui auront déclaré accepter cette adhésion. [...] »

30 L'approche de l'« acceptation explicite » maintient un équilibre entre le désir d'universalité des Parties contractantes d'une part, et un degré de confiance mutuelle suffisant d'autre part<sup>44</sup>. Cette confiance est particulièrement importante pour les Conventions qui établissent des cadres pour la coopération effective entre États contractants.

31 Contrairement à certaines Conventions qui adoptent l'approche de l'« acceptation tacite », aucune limite de temps n'est imposée aux États pour déclarer leur acceptation d'une adhésion dans le cas d'une acceptation explicite.

32 Tout État contractant qui a *ratifié* la Convention peut accepter l'adhésion, que celle-ci ait eu lieu avant ou après l'adhésion<sup>45</sup>. Dans le cas de deux États adhérents, c'est toujours l'État qui a adhéré le premier qui peut ou non accepter l'adhésion suivante ; l'État qui a adhéré le second n'a donc aucun contrôle effectif sur le point de savoir s'il aura des relations conventionnelles avec les États qui ont adhéré avant lui (ou bien avec ceux qui ont ratifié ou vont ratifier la Convention).

33 Un inconvénient potentiel de ce système est qu'il peut s'écouler un certain temps avant que les États contractants acceptent les adhésions, ce qui vient retarder l'établissement de relations conventionnelles. Les réunions de la Commission spéciale et le Bureau Permanent rappellent régulièrement aux États contractants la nécessité d'envisager d'accepter les adhésions s'ils souhaitent avoir des relations con-

<sup>35</sup> Voir annexe I, Conventions 15 à 24 adoptant l'approche de l'« acceptation tacite » de l'adhésion.

<sup>36</sup> Voir annexe I, Conventions 17 et 18, 20 et 21, 23 et 24.

<sup>37</sup> Voir annexe I, Conventions 19 et 22.

<sup>38</sup> C'est également le raisonnement qui a guidé l'utilisation de l'approche de l'« acceptation tacite » dans la Convention 23 de l'annexe I ; voir P. Lalive, Rapport explicatif sur la Convention Successions de 1973, in *Actes et documents de la Douzième session (1972)*, tome II, *Administration des successions*, La Haye, Imprimerie Nationale, 1974, p. 284 à 308 (également disponible sur le site web de la HCCH, voir chemin d'accès indiqué à la note 22), p. 308.

<sup>39</sup> Voir Rapport explicatif sur la Convention Adoption internationale de 1993 (*op. cit.* note 22).

<sup>40</sup> Pour plus d'explications, voir A.E. von Overbeck, Rapport explicatif sur la Convention Trust de 1985, in *Actes et documents de la Quinzième session (1984)*, tome II, *Trust – loi applicable et reconnaissance*, La Haye, Imprimerie Nationale, 1985, p. 369 à 417 (également disponible sur le site web de la HCCH, voir chemin d'accès indiqué à la note 22), p. 377 à 378 et 414, aux para. 32 à 35 et 194.

<sup>41</sup> Voir annexe I, Conventions 25 à 31.

<sup>42</sup> Voir annexe I, Convention 28, art. 38.

<sup>43</sup> Voir annexe I, Convention 30, art. 39.

<sup>44</sup> Voir E. Pérez-Vera, Rapport explicatif sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, in *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, tome III, *Enlèvement d'enfants*, La Haye, Imprimerie Nationale, 1982, p. 425 à 476 (également disponible sur le site web de la HCCH, voir chemin d'accès indiqué à la note 22), p. 437, au para. 41.

<sup>45</sup> La Convention Enlèvement d'enfants de 1980 clarifie davantage cette interprétation en l'énonçant explicitement et conformément à la pratique du dépositaire en ce qui concerne toutes les autres Conventions de la HCCH adoptant l'approche de l'« acceptation explicite ». Voir annexe I, Convention 28, art. 38.



evolving views on signature and ratification as an exclusive “privilege” of Members of the HCCH and on the role of its Conventions beyond its membership.

a “Tacit acceptance” of accession<sup>35</sup>

25 Under the “tacit acceptance” approach, a Convention will enter into force between the acceding State and each Contracting State that does not explicitly object to the accession within a certain time. Once the objection period has passed, the newly acceding State will have treaty relations with all existing Contracting States that have not objected. This approach is adopted by 10 HCCH Conventions, including the *Convention of 5 October 1961 Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents* (hereinafter, the “1961 Apostille Convention”), which provides in Article 12:

“Such accession shall have effect only as regards the relations between the acceding State and those Contracting States which have not raised an objection to its accession [...].”

26 While the 1961 Apostille Convention (and the Convention of 1 June 1956 concerning the recognition of the legal personality of foreign companies, associations and institutions) only allows for such an objection to an accession to be filed by States that were Contracting Parties at the time of the new accession, all other Conventions which adopt the “tacit acceptance” approach allow for an objection to be raised by Member States,<sup>36</sup> and non-Member Contracting States,<sup>37</sup> even if they ratify, accept or approve the Convention after an accession.

27 In the case of the 1993 Intercountry Adoption Convention, the “tacit acceptance” approach was adopted as well, permitting accession of any other State, unless an objection is raised within six months. This was considered the most appropriate approach, as the Convention is based on a system of cooperation between States requiring mutual trust, and therefore making it inadvisable to allow for indiscriminate accession.<sup>38</sup> Conversely, adopting an “explicit acceptance” approach in this Convention would require more actions by States and more time for the establishment of treaty relations. This would also have limited the attractiveness of the Convention for some non-Contracting States and thus affect its effectiveness.<sup>39</sup>

28 Another Convention that adopts the “tacit acceptance” approach is the *Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*.<sup>40</sup> During the negotiations of this Convention, one of the issues addressed was whether States which do not have trusts in their own legal systems should only have to recognise trusts connected to another Contracting State. Whilst there was a general willingness of States to recognise trusts generally, a num-

ber of delegations preferred to restrict recognition of trusts created under the law of a Contracting State. The result was the application of the Convention *erga omnes*, but with the addition of Article 21, stating that “[a]ny Contracting State may reserve the right to apply the provisions of Chapter III [Recognition] only to trusts the validity of which is governed by the law of a Contracting State”. Thus the “tacit acceptance” approach in Article 28, combined with the explicit reservation mechanism in Article 21, means that States can both object to the establishment of treaty relations with one State, and refuse to recognise any trust governed by the law of that State, wherever occurring.

b “Explicit acceptance” of accession

29 The “explicit acceptance” approach refers to instances when a Convention only enters into force between an acceding State and a Contracting State which explicitly declares its acceptance of such accession. This approach has been adopted in seven HCCH Conventions,<sup>41</sup> including the *Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction* (hereinafter, the “1980 Child Abduction Convention”),<sup>42</sup> and the *Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters*,<sup>43</sup> which state that:

“The accession will have effect only as regards the relations between the acceding State and such Contracting States as will have declared their acceptance of the accession. [...].”

30 The “explicit acceptance” approach maintains a balance between the Contracting Parties’ desire for universality on the one hand, and a sufficient degree of mutual confidence on the other.<sup>44</sup> This confidence is particularly important for Conventions that establish frameworks for actual cooperation between Contracting States.

31 Unlike some of the Conventions adopting the “tacit acceptance” approach, there is no time limit placed upon States to declare their acceptance of an accession in the case of explicit acceptance.

32 Any Contracting State that has *ratified* the Convention may accept the accession, independently of whether the ratification occurred before or after the accession.<sup>45</sup> In the case of two acceding States, it is always the State that acceded first which may or may not accept the subsequent accession; the later acceding State thus has no effective control on whether it will have treaty relations with States that have acceded before it (or indeed States that have ratified or will ratify the Convention).

33 A potential disadvantage of this system is that it may take time for Contracting States to accept accessions, which in turn delays the establishment of treaty relations. Special Commission meetings, and the Permanent Bureau, regularly remind Contracting States of the need to consider accepting accessions if they wish to have treaty relations with ac-

<sup>35</sup> See Annex I, Conventions 15-24 adopting the “tacit acceptance” of accession approach.

<sup>36</sup> See Annex I, Conventions 17-18, 20-21 and 23-24.

<sup>37</sup> See Annex I, Conventions 19 and 22.

<sup>38</sup> This was also the reasoning adopted for the use of the “tacit acceptance” approach in Convention 23 in Annex I; see P. Lalive, Explanatory Report on the 1973 Hague Administration of Estates Convention, in *Actes et documents de la Douzième session (1972)*, Tome II, *Administration des successions*, The Hague, Imprimerie Nationale, 1974, pp. 284-308 (also available on the HCCH website, see path indicated in note 22), p. 308.

<sup>39</sup> See Explanatory Report on the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention (*op. cit.* note 22).

<sup>40</sup> For further explanation, see A.E. von Overbeck, Explanatory Report on the 1985 Hague Trusts Convention, in *Proceedings of the Fifteenth Session (1984)*, Tome II, *Trusts – applicable law and recognition*, The Hague, Imprimerie Nationale, 1985, pp. 369-417 (also available on the HCCH website, see path indicated in note 22), pp. 377-378 and 414, at paras 32-35 and 194.

<sup>41</sup> See Annex I, Conventions 25-31.

<sup>42</sup> See Annex I, Convention 28, Art. 38.

<sup>43</sup> See Annex I, Convention 30, Art. 39.

<sup>44</sup> See E. Pérez-Vera, Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, in *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, Tome III, *Child abduction*, The Hague, Imprimerie Nationale, 1982, pp. 425-476 (also available on the HCCH website, see path indicated in note 22), p. 437, at para. 41.

<sup>45</sup> The 1980 Child Abduction Convention further clarifies this understanding, stating it explicitly, and in line with the practice of the depositary in relation to all other HCCH Conventions adopting the “explicit acceptance” approach. See Annex I, Convention 28, Art. 38.

ventionnelles avec les États adhérents en vertu des Conventions pertinentes. Ce système peut exiger que le Bureau Permanent alloue des ressources pour fournir les outils d'information nécessaires à l'appui des décisions concernant les acceptations (par ex. pour compléter les profils des États, les questionnaires types, etc.).

### c *Le « veto »*

34 Selon cette approche, une Convention entre en vigueur dans l'État adhérent à l'égard de tous les États contractants, à moins qu'un ou plusieurs États contractants (ayant ratifié la Convention) ne s'y opposent.

35 Cette approche a été adoptée dans cinq Conventions de la HCCH<sup>46</sup>, notamment dans la *Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale*, dont l'article 28 dispose ce qui suit :

« La Convention n'entrera en vigueur pour un tel État qu'à défaut d'opposition de la part d'un État ayant ratifié la Convention avant ce dépôt, [...] »

36 Cette approche « veto » accorde un degré élevé de pouvoir aux États contractants ayant ratifié la Convention, car ils peuvent à eux seuls déterminer si la Convention entre en vigueur pour l'État adhérent. Toute objection empêche la Convention d'avoir un effet entre l'État adhérent et *tout* autre État contractant. Il convient toutefois de souligner que ce « droit de veto » n'a jamais été utilisé en pratique. Concrètement, cela signifie que la Convention est donc très « ouverte », ce qui a largement contribué à son impact global, plus de la moitié des États parties à la Convention étant des États adhérents<sup>47</sup>.

### C *Accords additionnels*

37 L'« ouverture » d'une Convention peut également être limitée par le biais d'« accords additionnels » qui exigent qu'après la ratification ou l'adhésion, les États contractants signent des accords bilatéraux pour permettre à une Convention de produire les effets attendus entre ces États. La *Convention du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale* est la seule Convention qui suit cette approche. L'article 21 de cette Convention dispose ce qui suit :

« Les décisions rendues dans un État contractant ne seront reconnues ou déclarées exécutoires dans un autre État contractant conformément aux dispositions des articles précédents, que si ces deux États après être devenus Parties à la Convention en sont ainsi convenus par accord complémentaire. »

38 La Commission spéciale a accepté cette disposition en 1963 au motif qu'un grand nombre de Membres de la HCCH ne ratifieraient pas un traité multilatéral qui, une fois entré en vigueur, aurait un effet immédiat entre États au moment de la ratification ou de l'adhésion<sup>48</sup>. Ainsi, l'inclusion de l'article 21 a permis la conclusion d'une Convention multilatérale sans toutefois créer immédiatement une obligation

de reconnaître et d'exécuter les jugements rendus dans les États contractants. En utilisant ce système, les États contractants pourraient choisir effectivement les États parmi lesquels ils reconnaîtraient et exécuteraient les jugements. Plutôt qu'une Convention multilatérale, il en a résulté qu'un texte multilatéral convenu serait utilisé, dans la pratique, comme une Convention bilatérale. L'inclusion de cette disposition a été critiquée par le manque de succès de cette Convention (qui compte quatre Parties contractantes).

### III CONCLUSIONS

39 Alors que la plupart des Conventions de la HCCH, d'une manière ou d'une autre, limitent la signature et l'adhésion et/ou imposent des conditions supplémentaires lors de l'adhésion, on a assisté depuis 1971 à une évolution vers des approches de plus en plus « ouvertes ». Depuis lors, l'« adhésion non limitée » a été privilégiée surtout pour les Conventions qui fonctionnent *erga omnes* et qui ne reposent pas sur la réciprocité, et l'« acceptation tacite » lorsque les Conventions reposent sur la coopération mutuelle et sur le principe de réciprocité. Par ailleurs, trois des quatre dernières Conventions de la HCCH<sup>49</sup> se sont orientées vers une plus grande « ouverture ».

40 Par ailleurs, l'adhésion limitée liée à l'adhésion à la HCCH perd de sa force étant donné que de plus en plus d'États participent au processus d'élaboration des traités par le biais de leur adhésion à la HCCH.

41 Historiquement, 12 Conventions de la HCCH ont inclus des dispositions sur la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères<sup>50</sup>. Parmi celles-ci, 11 ont inclus des « mécanismes de bilatéralisation », dont les approches de l'« acceptation tacite » et de l'« acceptation expresse » ont été les plus couramment adoptées (chacune adoptée dans quatre Conventions)<sup>51</sup>.

42 Bien qu'il n'y ait pas de corrélation indiscutable entre le nombre d'États contractants des Conventions de la HCCH et l'approche en matière d'« ouverture » d'une Convention, il y a davantage de ratifications et d'adhésions aux Conventions qui adoptent le mécanisme de l'« acceptation tacite » lors de l'adhésion<sup>52</sup>. L'approche de l'« acceptation tacite » semble être le mécanisme de bilatéralisation le moins contraignant en termes de ressources et le plus ouvert de tous.

43 Enfin, il convient de noter qu'en vertu des « mécanismes de bilatéralisation » susmentionnés, les États adhérents n'ont aucune possibilité de rejeter ou de choisir parmi les États contractants ceux avec lesquels ils ont l'intention d'établir des relations conventionnelles. L'État adhérent a donc beaucoup moins de contrôle sur l'établissement des relations conventionnelles que les États signataires et ceux ayant ratifié la Convention. Cela vaut également pour les États qui ratifient la Convention après l'adhésion de l'État. Cette situation entraîne un déséquilibre ou une « asymétrie » entre les niveaux de contrôle dans l'établissement des relations conventionnelles. En ce qui concerne l'État adhérent, celui-ci doit signer avec tous les États contractants ou ne pas adhérer du tout à la Convention.

<sup>46</sup> Voir annexe I, Conventions 32 à 36 adoptant l'approche du « veto ».

<sup>47</sup> Voir Bureau Permanent de la HCCH, *Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Notification*, 4<sup>e</sup> éd., La Haye, 2016, p. 7 (disponible sur le site web de la HCCH à l'adresse <www.hcch.net>, sous les rubriques « Publications » puis « Catalogue & Bon de commande »).

<sup>48</sup> Ch. N. Fragistas, Rapport explicatif sur la Convention Jugements de 1971, in *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966), Exécution des jugements*, La Haye, Imprimerie Nationale, 1969, p. 359 à 388 (également disponible sur le site web de la HCCH, voir chemin d'accès indiqué à la note 22), p. 362 à 364.

<sup>49</sup> Voir annexe I, Conventions 2 à 4.

<sup>50</sup> Voir annexe I, Conventions 2, 20 à 22, 24 à 27, 29, 32, 36 et 37.

<sup>51</sup> Pour l'acceptation tacite, voir annexe I, Conventions 20 à 22 et 24. Pour l'acceptation explicite, voir annexe I, Conventions 25 à 27 et 29.

<sup>52</sup> Voir l'annexe II. Sur les 13 Conventions de la HCCH qui comptent un plus grand nombre d'États contractants, six ont adopté l'approche de l'« acceptation tacite ».

ceding States under the relevant Conventions. This system may require the Permanent Bureau to allocate resources to provide the necessary information tools to support decisions regarding acceptances (e.g., completing country profiles, standard questionnaires, etc.).

c “Veto”

34 Under this approach, a Convention enters into force in the acceding State in relation to all Contracting States, unless one (or more) Contracting State(s), which has(have) ratified the Convention, object(s) to the accession.

35 This approach has been adopted by five HCCH Conventions,<sup>46</sup> including the *Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*, which relevantly states at Article 28:

“The Convention shall enter into force for such a State in the absence of any objection from a State, which has ratified the Convention before such deposit, [...]”

36 The “veto” approach grants a high degree of power to Contracting States that have ratified the Convention, as they can single-handedly determine whether the Convention enters into force for the acceding State. Any objection stops the Convention from having *any* effect between the acceding State and *any* other Contracting State. It should be stressed, however, that this “right of veto” has never been used in practice. In practical terms, this means the Convention is thus very “open” which has widely contributed to its global impact, with more than half of the States Party to the Convention being acceding States.<sup>47</sup>

C Supplementary agreements

37 The “openness” of a Convention may also be limited through “supplementary agreements” which require that, subsequent to ratification or accession, Contracting States sign bilateral agreements to enable a Convention to deploy its intended effect between those States. The *Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters* is the sole Convention following this approach. Article 21 provides:

“Decisions rendered in a Contracting State shall not be recognized or enforced in another Contracting State in accordance with the provisions of the preceding Articles unless the two States, being Parties to this Convention, have concluded a Supplementary Agreement to this effect.”

38 The Special Commission agreed in 1963 to this provision on the basis that a large number of HCCH Members would not ratify a multilateral treaty that, upon entering into force, would have an immediate effect between States upon ratification or accession.<sup>48</sup> Thus, the inclusion of Article 21 allowed a multilateral Convention to be concluded but without immediately creating an obligation to recognise

and enforce judgments rendered in Contracting States. By using this system, Contracting States could, in effect, choose the States from which they would recognise and enforce judgments. Rather than a multilateral Convention, the resulting effect was that a multilateral agreed text would be used, in practice, as a bilateral Convention. The inclusion of this provision has been blamed for the lack of success of this Convention (which has four Contracting Parties).

III CONCLUSIONS

39 While most HCCH Conventions, one way or another, restrict signature and accession, and/or place additional requirements upon accession, there has been a shift since 1971 towards increasingly “open” approaches. Since then, “unrestricted accession” has been mostly favoured in respect of Conventions which apply *erga omnes* or that do not rely on reciprocity, and “tacit acceptance” where Conventions do rely on mutual cooperation and on the principle of reciprocity. Noteworthy, three of the last four HCCH Conventions<sup>49</sup> shifted towards further “openness”.

40 Moreover, restricted accession tied to HCCH membership is losing its potency, since more and more States are participating in the process of treaty-making through HCCH membership.

41 Historically, 12 HCCH Conventions have included provisions on the recognition and enforcement of foreign decisions.<sup>50</sup> Of these, 11 have included “bilateralisation mechanisms”, of which the “tacit acceptance” and “explicit acceptance” approaches have been the most commonly adopted (each occurring in four Conventions).<sup>51</sup>

42 Although there is no indisputable correlation between the number of Contracting States of HCCH Conventions and the approach on “openness” of a Convention, there are more ratifications and accessions to those Conventions which adopt the “tacit acceptance” mechanism upon accession.<sup>52</sup> The “tacit acceptance” approach appears to be the less resource-demanding and the most open of all the “bilateralisation mechanisms”.

43 Finally, it should be noted that under the above “bilateralisation mechanisms”, acceding States are afforded no opportunity to reject nor select those amongst the Contracting States with which they intend to create treaty relations. The acceding State therefore has much less control over establishing treaty relations than signing and ratifying States. That is so even in relation to States which ratify the Convention after the State has acceded. This situation results in an imbalance or “asymmetry” amongst levels of control in the establishment of treaty relations. For the acceding State, it must sign with all Contracting States or not join the Convention at all.

<sup>46</sup> See Annex I, Conventions 32-36 adopting the “veto” approach.

<sup>47</sup> See Permanent Bureau of the HCCH, *Practical Handbook on the Operation of the Service Convention*, 4th ed., The Hague, 2016, p. 7 (available on the HCCH website at <www.hcch.net>, under “Publications” then “Catalogue & Order Form”).

<sup>48</sup> Ch. N. Fragistas, Explanatory Report on the 1971 Hague Judgments Convention, in *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966), Exécution des jugements*, The Hague, Imprimerie Nationale, 1969, pp. 359-388 n (also available, in French only, on the HCCH website, see path indicated in note 22), pp. 362-364.

<sup>49</sup> See Annex I, Conventions 2-4.

<sup>50</sup> See Annex I, Conventions 2, 20-22, 24-27, 29, 32, 36-37.

<sup>51</sup> For tacit acceptance, see Annex I, Conventions 20-22 and 24. For explicit acceptance, see Annex I, Conventions 25-27 and 29.

<sup>52</sup> See Annex II. Of the 13 HCCH Conventions with the largest number of Contracting States, six have adopted the “tacit acceptance” approach.

**Contenu**

A *Conventions « totalement ouvertes » : ne limitant ni la signature ni l'adhésion*

1 Convention du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises (pas en vigueur)

2 Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for

3 Convention du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire

4 Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires

B *Conventions limitant la signature mais ne limitant pas l'adhésion*

5 Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels

6 Convention du 15 juin 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile (pas en vigueur)

7 Convention du 15 avril 1958 sur la loi applicable au transfert de la propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels (pas en vigueur)

8 Convention du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires

9 Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux

10 Convention du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages

11 Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation

12 Convention du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort (pas en vigueur)

C *Conventions limitant la signature et l'adhésion*

13 Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires

14 Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits

D *Conventions limitant la signature, et dont l'adhésion n'est pas limitée sous réserve d'« acceptation tacite »*

15 Convention du premier juin 1956 concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères

16 Convention du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers

17 Convention du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice

18 Convention du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance

19 Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale

20 Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants

21 Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes

22 Convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille

E *Conventions limitant la signature, et dont l'adhésion est limitée sous réserve d'« acceptation tacite »*

23 Convention du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions

24 Convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires

F *Conventions limitant la signature, et dont l'adhésion n'est pas limitée sous réserve d'« acceptation expresse »*

25 Convention du 15 avril 1958 sur la compétence du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels (pas en vigueur)

26 Convention du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants

27 Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs

28 Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants

G *Conventions limitant la signature, et dont l'adhésion est limitée sous réserve d'« acceptation expresse »*

29 Convention du premier juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps

30 Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale

31 Convention du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière

**Contents****A** *“Fully open” Conventions: unrestricted signature and unrestricted accession*

- 1 Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods (not in force)
- 2 Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements
- 3 Convention of 5 July 2006 on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary
- 4 Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations

**B** *Conventions adopting restricted signature and unrestricted accession*

- 5 Convention of 15 June 1955 on the law applicable to international sales of goods
- 6 Convention of 15 June 1955 relating to the settlement of the conflicts between the law of nationality and the law of domicile (not in force)
- 7 Convention of 15 April 1958 on the law governing transfer of title in international sales of goods (not in force)
- 8 Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions
- 9 Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes
- 10 Convention of 14 March 1978 on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages
- 11 Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency
- 12 Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons (not in force)

**C** *Conventions adopting restricted signature and restricted accession*

- 13 Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations
- 14 Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Products Liability

**D** *Conventions adopting restricted signature, and unrestricted accession subject to “tacit acceptance”*

- 15 Convention of 1 June 1956 concerning the recognition of the legal personality of foreign companies, associations and institutions (not in force)

16 Convention of 5 October 1961 Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents

17 Convention of 25 October 1980 on International Access to Justice

18 Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition

19 Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption

20 Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children

21 Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults

22 Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance

**E** *Conventions adopting restricted signature, and restricted accession subject to “tacit acceptance”*

23 Convention of 2 October 1973 Concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons

24 Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations

**F** *Conventions adopting restricted signature, and unrestricted accession subject to “explicit acceptance”*

25 Convention of 15 April 1958 on the jurisdiction of the selected forum in the case of international sales of goods (not in force)

26 Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children

27 Convention of 5 October 1961 concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of infants

28 Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction

**G** *Conventions adopting restricted signature, and restricted accession subject to “explicit acceptance”*

29 Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations

30 Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters

31 Convention of 4 May 1971 on the Law Applicable to Traffic Accidents

H *Conventions limitant la signature, et dont l'adhésion n'est pas limitée sous réserve de « veto »*

32 Convention du premier mars 1954 relative à la procédure civile

33 Convention du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants

34 Convention du 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption (pas en vigueur)

35 Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale

36 Convention du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for (pas en vigueur)

I *Convention adoptant l'approche « Accords additionnels »*

37 Convention du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale

H *Conventions adopting restricted signature, and unrestricted accession subject to “veto”*

32 Convention of 1 March 1954 on civil procedure

33 Convention of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children

34 Convention of 15 November 1965 on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoptions (not in force)

35 Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters

36 Convention of 25 November 1965 on the Choice of Court (not in force)

I *Convention adopting the “Supplementary Agreements” approach*

37 Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters

A Conventions « totalement ouvertes » : ne limitant ni la signature ni l'adhésion

	CONVENTION	DISPOSITION
1	Convention du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises	<p><i>Article 25</i></p> <p>1 La Convention sera ouverte à la signature de tous les États.</p> <p>2 La Convention pourra donner lieu à la ratification, à l'acceptation ou à l'approbation des États signataires.</p> <p>3 La Convention sera ouverte à l'adhésion de tous les États qui ne sont pas signataires à partir de la date à laquelle elle sera ouverte à la signature.</p> <p>4 Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.</p>
2	Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for	<p><i>Article 27</i></p> <p>1 La présente Convention est ouverte à la signature de tous les États.</p> <p>2 La présente Convention est sujette à la ratification, à l'acceptation ou à l'approbation des États signataires.</p> <p>3 Tout État pourra adhérer à la présente Convention.</p> <p>4 Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion sont déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.</p>
3	Convention du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire	<p><i>Article 17</i></p> <p>1 La présente Convention est ouverte à la signature de tous les États.</p> <p>2 La présente Convention est sujette à ratification, acceptation ou approbation des États signataires.</p> <p>3 Un État qui ne signe pas la présente Convention peut y adhérer à tout moment.</p> <p>4 Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères du Royaume des Pays-Bas, Dépositaire de la présente Convention.</p>
4	Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires	<p><i>Article 23</i></p> <p><i>Signature, ratification et adhésion</i></p> <p>1 Le présent Protocole est ouvert à la signature de tous les États.</p> <p>2 Le présent Protocole est sujet à la ratification, à l'acceptation ou à l'approbation des États signataires.</p> <p>3 Tout État peut adhérer au présent Protocole.</p> <p>4 Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion seront déposés auprès du Ministère des Affaires étrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire du Protocole.</p>



A “Fully open” Conventions: unrestricted signature and unrestricted accession

	CONVENTION	PROVISION
1	Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods	<p><i>Article 25</i></p> <p>(1) The Convention is open for signature by all States.</p> <p>(2) The Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.</p> <p>(3) The Convention is open for accession by all States which are not signatory States as from the date it is open for signature.</p> <p>(4) Instruments of ratification, acceptance, approval and accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.</p>
2	Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements	<p><i>Article 27</i></p> <p>(1) This Convention is open for signature by all States.</p> <p>(2) This Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.</p> <p>(3) This Convention is open for accession by all States.</p> <p>(4) Instruments of ratification, acceptance, approval or accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.</p>
3	Convention of 5 July 2006 on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary	<p><i>Article 17</i></p> <p>(1) This Convention shall be open for signature by all States.</p> <p>(2) This Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.</p> <p>(3) Any State which does not sign this Convention may accede to it at any time.</p> <p>(4) The instruments of ratification, acceptance, approval or accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, Depositary of this Convention.</p>
4	Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations	<p><i>Article 23</i></p> <p><i>Signature, ratification and accession</i></p> <p>(1) This Protocol is open for signature by all States.</p> <p>(2) This Protocol is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.</p> <p>(3) This Protocol is open for accession by all States.</p> <p>(4) Instruments of ratification, acceptance, approval or accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Protocol.</p>

B Conventions limitant la signature mais ne limitant pas l'adhésion

	CONVENTION	DISPOSITION
5	Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels	<p><i>Article 8</i></p> <p>La présente Convention est ouverte à la signature des États représentés à la Septième session de la Conférence de La Haye de droit international privé.</p> <p>Elle sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p>Il sera dressé de tout dépôt d'instruments de ratification un procès-verbal, dont une copie, certifiée conforme, sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des États signataires.</p> <p><i>Article 11</i></p> <p>Tout État, non représenté à la Septième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, pourra adhérer à la présente Convention. L'État désirant adhérer notifiera son intention par un acte qui sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas. Celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des États contractants. La Convention entrera en vigueur, pour l'État adhérent, le soixantième jour après la date du dépôt de l'acte d'adhésion.</p> <p>Il est entendu que le dépôt de l'acte d'adhésion ne pourra avoir lieu qu'après l'entrée en vigueur de la présente Convention en vertu de l'article 9, alinéa premier.</p>
6	Convention du 15 juin 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile	<p><i>Article 9</i></p> <p>La présente Convention est ouverte à la signature des États représentés à la Septième session de la Conférence de La Haye de droit international privé.</p> <p>Elle sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p>Il sera dressé de tout dépôt d'instruments de ratification un procès-verbal dont une copie, certifiée conforme, sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des États signataires.</p> <p><i>Article 12</i></p> <p>Tout État, non représenté à la Septième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, pourra adhérer à la présente Convention. L'État, désirant adhérer, notifiera son intention par un acte qui sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas. Celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des États contractants. La Convention entrera en vigueur pour l'État adhérent le soixantième jour après la date du dépôt de l'acte d'adhésion.</p> <p>Il est entendu que le dépôt de l'acte d'adhésion ne pourra avoir lieu qu'après l'entrée en vigueur de la présente Convention en vertu de l'article 10, alinéa premier.</p>
7	Convention du 15 avril 1958 sur la loi applicable au transfert de la propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels	<p><i>Article 11</i></p> <p>La présente Convention est ouverte à la signature des États représentés à la Huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé.</p> <p>Elle sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p>Il sera dressé de tout dépôt d'instruments de ratification un procès-verbal, dont une copie, certifiée conforme, sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des États signataires.</p> <p><i>Article 14</i></p> <p>Tout État non représenté à la Huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, pourra adhérer à la présente Convention. L'État désirant adhérer</p>

B Conventions adopting restricted signature and unrestricted accession

	CONVENTION	PROVISION
5	Convention of 15 June 1955 on the law applicable to international sales of goods	<p><i>Article 8</i></p> <p>This Convention shall be open for signature by the States represented at the Seventh Session of the Hague Conference on Private International Law.</p> <p>It shall be ratified and the instruments of ratification shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p>A record shall be made of every deposit of instruments of ratification, and a certified copy of that record shall be sent through diplomatic channels to each of the signatory States.</p> <p><i>Article 11</i></p> <p>Any State not represented at the Seventh Session of the Hague Conference on Private International Law may accede to this Convention. A State desiring to accede shall give notice of its intention by an instrument which shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands. The latter shall transmit through the diplomatic channel a certified copy thereof to each of the Contracting States. The Convention shall enter into force as regards the acceding State on the sixtieth day following the date of deposit of the instrument of accession.</p> <p>It is understood that the deposit of the instrument of accession may not take place until after the entry into force of the Convention pursuant to Article 9, paragraph 1.</p>
6	Convention of 15 June 1955 relating to the settlement of the conflicts between the law of nationality and the law of domicile	<p><i>Article 9</i></p> <p>This Convention shall be open for signature by the States represented at the Seventh Session of the Hague Conference on Private International Law.</p> <p>It shall be ratified and the instruments of ratification shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p>A record shall be made of every deposit of instruments of ratification, and a certified copy of that record shall be sent through diplomatic channels to each of the signatory States.</p> <p><i>Article 12</i></p> <p>Any State not represented at the Seventh Session of the Hague Conference on Private International Law may accede to this Convention. The State, wishing to join, shall notify its intention by an act which shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands. The latter shall send, through the diplomatic channel, a certified copy to each of the Contracting States. The Convention shall enter into force for the acceding State on the sixtieth day after the date of deposit of the Act of Accession.</p> <p>It is understood that the deposit of the Act of Accession may take place only after the entry into force of this Convention by virtue of Article 10, paragraph 1.</p>
7	Convention of 15 April 1958 on the law governing transfer of title in international sales of goods	<p><i>Article 11</i></p> <p>This Convention shall be open for signature by the States represented at the Eighth Session of the Hague Conference on Private International Law.</p> <p>It shall be ratified and the instruments of ratification shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p>A record shall be made of every deposit of instruments of ratification, and a certified copy of that record shall be sent through diplomatic channels to each of the signatory States.</p> <p><i>Article 14</i></p> <p>Any State not represented at the Eighth Session of the Hague Conference on Private International Law may accede to this Convention. The State wishing to accede shall</p>

		<p>notifiera son intention par un acte qui sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas. Celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des États contractants. La Convention entrera en vigueur, pour l'État adhérent, le soixantième jour après la date du dépôt de l'acte d'adhésion.</p> <p>Il est entendu que le dépôt de l'acte d'adhésion ne pourra avoir lieu qu'après l'entrée en vigueur de la présente Convention en vertu de l'article 12, alinéa premier.</p>
8	Convention du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires	<p><i>Article 14</i></p> <p>La présente Convention est ouverte à la signature des États représentés à la Neuvième session de la Conférence de La Haye de droit international privé.</p> <p>Elle sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p><i>Article 16</i></p> <p>Tout État non représenté à la Neuvième session de la Conférence de La Haye de droit international privé pourra adhérer à la présente Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 15, alinéa premier. L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p>La Convention entrera en vigueur, pour l'État adhérent, le soixantième jour après le dépôt de son instrument d'adhésion.</p>
9	Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux	<p><i>Article 22</i></p> <p>La Convention est ouverte à la signature des États qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Treizième session.</p> <p>Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p><i>Article 23</i></p> <p>Tout autre État pourra adhérer à la Convention.</p> <p>L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p>
10	Convention du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages	<p><i>Article 24</i></p> <p>La Convention est ouverte à la signature des États qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Treizième session.</p> <p>Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p><i>Article 25</i></p> <p>Tout autre État pourra adhérer à la Convention.</p> <p>L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p>
11	Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation	<p><i>Article 23</i></p> <p>La Convention est ouverte à la signature des États qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Treizième session.</p> <p>Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères du Royaume des Pays-Bas.</p>

		<p>notify its intention by an act which shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands. The latter shall send, through the diplomatic channel, a certified copy to each of the Contracting States. The Convention shall enter into force for the acceding State on the sixtieth day after the date of deposit of the Act of Accession.</p> <p>It is understood that the deposit of the Act of Accession may take place only after the entry into force of this Convention by virtue of Article 12, paragraph 1.</p>
8	Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions	<p><i>Article 14</i></p> <p>The present Convention shall be open for signature by the States represented at the Ninth Session of the Hague Conference on Private International Law.</p> <p>It shall be ratified, and the instruments of ratification shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p><i>Article 16</i></p> <p>Any State not represented at the Ninth Session of the Hague Conference on Private International Law may accede to the present Convention after it has entered into force in accordance with the first paragraph of Article 15. The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p>The Convention shall enter into force for a State acceding to it on the sixtieth day after the deposit of its instrument of accession.</p>
9	Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes	<p><i>Article 22</i></p> <p>The Convention is open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Thirteenth Session.</p> <p>It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p><i>Article 23</i></p> <p>Any other State may accede to the Convention.</p> <p>The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p>
10	Convention of 14 March 1978 on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages	<p><i>Article 24</i></p> <p>The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Thirteenth Session.</p> <p>It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p><i>Article 25</i></p> <p>Any other State may accede to the Convention.</p> <p>The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p>
11	Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency	<p><i>Article 23</i></p> <p>The Convention is open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Thirteenth Session.</p> <p>It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.</p>

		<p><i>Article 24</i></p> <p>Tout autre État pourra adhérer à la Convention.</p> <p>L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères du Royaume des Pays-Bas.</p>
12	Convention du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort	<p><i>Article 25</i></p> <p>1 La Convention est ouverte à la signature des États qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Seizième session.</p> <p>2 Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.</p> <p><i>Article 26</i></p> <p>1 Tout autre État pourra adhérer à la Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 28, paragraphe 1.</p> <p>2 L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du dépositaire.</p>

C Conventions limitant la signature et l'adhésion

	CONVENTION	DISPOSITION
13	Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires	<p><i>Article 20</i></p> <p>La Convention est ouverte à la signature des États qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Douzième session.</p> <p>Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p><i>Article 21</i></p> <p>Tout État qui n'est devenu Membre de la Conférence qu'après la Douzième session, ou qui appartient à l'Organisation des Nations Unies ou à une institution spécialisée de celle-ci, ou est Partie au Statut de la Cour internationale de Justice, pourra adhérer à la présente Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 25, alinéa premier.</p> <p>L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p>
14	Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits	<p><i>Article 17</i></p> <p>La présente Convention est ouverte à la signature des États qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Douzième session.</p> <p>Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p><i>Article 18</i></p> <p>Tout État qui n'est devenu Membre de la Conférence qu'après la Douzième session, ou qui appartient à l'Organisation des Nations Unies ou à une institution spécialisée de celle-ci, ou est Partie au Statut de la Cour internationale de Justice, pourra adhérer à la présente Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 20.</p> <p>L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p>

		<p><i>Article 24</i></p> <p>Any other State may accede to the Convention.</p> <p>The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.</p>
12	Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons	<p><i>Article 25</i></p> <p>(1) The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Sixteenth Session.</p> <p>(2) It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.</p> <p><i>Article 26</i></p> <p>(1) Any other State may accede to the Convention after it has entered into force in accordance with Article 28, paragraph 1.</p> <p>(2) The instrument of accession shall be deposited with the depositary.</p>

C *Conventions adopting restricted signature and restricted accession*

	CONVENTION	PROVISION
13	Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations	<p><i>Article 20</i></p> <p>This Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Twelfth Session.</p> <p>It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p><i>Article 21</i></p> <p>Any State which has become a Member of the Hague Conference on Private International Law after the date of its Twelfth Session, or which is a Member of the United Nations or of a specialised agency of that Organisation, or a Party to the Statute of the International Court of Justice may accede to this Convention after it has entered into force in accordance with the first paragraph of Article 25.</p> <p>The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p>
14	Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Products Liability	<p><i>Article 17</i></p> <p>This Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Twelfth Session.</p> <p>It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p><i>Article 18</i></p> <p>Any State which has become a Member of the Hague Conference on Private International Law after the date of its Twelfth Session, or which is a Member of the United Nations or of a specialised agency of that Organisation, or a Party to the Statute of the International Court of Justice may accede to this Convention after it has entered into force in accordance with Article 20.</p> <p>The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p>

D Conventions limitant la signature, et dont l'adhésion n'est pas limitée sous réserve d'« acceptation tacite »

	CONVENTION	DISPOSITION
15	Convention du premier juin 1956 concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères	<p><i>Article 10</i></p> <p>La présente Convention est ouverte à la signature des États représentés à la Septième session de la Conférence de La Haye de droit international privé.</p> <p>Elle sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p>Il sera dressé de tout dépôt d'instruments de ratification un procès-verbal, dont une copie, certifiée conforme, sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des États signataires.</p> <p><i>Article 13</i></p> <p>Tout État, non représenté à la Septième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, pourra adhérer à la présente Convention.</p> <p>Les instruments d'adhésion seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p>Celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des États contractants.</p> <p>L'adhésion n'aura effet que dans les rapports entre l'État adhérent et les États qui n'élèveront pas d'objection dans les six mois à partir de cette communication.</p> <p>Il est entendu que le dépôt de l'acte d'adhésion ne pourra avoir lieu qu'après l'entrée en vigueur de la présente Convention en vertu de l'article 11, alinéa premier.</p>
16	Convention du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers	<p><i>Article 10</i></p> <p>La présente Convention est ouverte à la signature des États représentés à la Neuvième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, ainsi qu'à celle de l'Irlande, de l'Islande, du Liechtenstein et de la Turquie.</p> <p>Elle sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p><i>Article 12</i></p> <p>Tout État non visé par l'article 10 pourra adhérer à la présente Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 11, alinéa premier. L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p>L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'État adhérent et les États contractants qui n'auront pas élevé d'objection à son encontre dans les six mois après la réception de la notification prévue à l'article 15, litt. (d). Une telle objection sera notifiée au Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas. Une telle objection sera notifiée au Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p>La Convention entrera en vigueur, entre l'État adhérent et les États n'ayant pas élevé d'objection contre l'adhésion, le soixantième jour après l'expiration du délai de six mois mentionné à l'alinéa précédent.</p>
17	Convention du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice	<p><i>Article 31</i></p> <p>La Convention est ouverte à la signature des États qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quatorzième session, ainsi que des États non-Membres invités à son élaboration.</p> <p>Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères du Royaume des Pays-Bas.</p>



D Conventions adopting restricted signature, and unrestricted accession subject to “tacit acceptance”

	CONVENTION	PROVISION
15	Convention of 1 June 1956 concerning the recognition of the legal personality of foreign companies, associations and institutions	<p><i>Article 10</i></p> <p>This Convention shall be open for signature by the States represented at the Seventh Session of the Hague Conference on Private International Law.</p> <p>It shall be ratified and the instruments of ratification shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p>A record shall be made of every deposit of instruments of ratification, and a certified copy of that record shall be sent through diplomatic channels to each of the signatory States.</p> <p><i>Article 13</i></p> <p>Any State not represented at the Seventh Session of the Hague Conference on Private International Law may accede to this Convention.</p> <p>The instruments of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p>The latter shall send, through the diplomatic channel, a certified copy to each of the Contracting States.</p> <p>Accession shall have effect only in the relations between the acceding State and the States which will not object within six months from that communication.</p> <p>It is understood that the deposit of the Act of Accession may take place only after the entry into force of this Convention by virtue of Article 11, paragraph 1.</p>
16	Convention of 5 October 1961 Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents	<p><i>Article 10</i></p> <p>The present Convention shall be open for signature by the States represented at the Ninth Session of the Hague Conference on Private International Law and Iceland, Ireland, Liechtenstein and Turkey.</p> <p>It shall be ratified, and the instruments of ratification shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p><i>Article 12</i></p> <p>Any State not referred to in Article 10 may accede to the present Convention after it has entered into force in accordance with the first paragraph of Article 11. The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p>Such accession shall have effect only as regards the relations between the acceding State and those Contracting States which have not raised an objection to its accession in the six months after the receipt of the notification referred to in sub-paragraph (d) of Article 15. Any such objection shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p>The Convention shall enter into force as between the acceding State and the States which have raised no objection to its accession on the sixtieth day after the expiry of the period of six months mentioned in the preceding paragraph.</p>
17	Convention of 25 October 1980 on International Access to Justice	<p><i>Article 31</i></p> <p>The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Fourteenth Session and by non-Member States which were invited to participate in its preparation.</p> <p>It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.</p>

		<p><i>Article 32</i></p> <p>Tout autre État pourra adhérer à la Convention.</p> <p>L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères du Royaume des Pays-Bas.</p> <p>L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'État adhérent et les États contractants qui n'auront pas élevé d'objection à son encontre dans les douze mois après la réception de la notification prévue au chiffre 2 de l'article 36. Une telle objection pourra également être élevée par tout État Membre au moment d'une ratification, acceptation ou approbation de la Convention, ultérieure à l'adhésion. Ces objections seront notifiées au Ministère des Affaires Étrangères du Royaume des Pays-Bas.</p>
18	Convention du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance	<p><i>Article 27</i></p> <p>La Convention est ouverte à la signature des États qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quinzième session.</p> <p>Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères du Royaume des Pays-Bas.</p> <p><i>Article 28</i></p> <p>Tout autre État pourra adhérer à la Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 30, alinéa premier.</p> <p>L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères du Royaume des Pays-Bas.</p> <p>L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'État adhérent et les États contractants qui n'auront pas élevé d'objection à son encontre dans les douze mois après la réception de la notification prévue à l'article 32. Une telle objection pourra également être élevée par tout État Membre au moment d'une ratification, acceptation ou approbation de la Convention, ultérieure à l'adhésion. Ces objections seront notifiées au Ministère des Affaires Étrangères du Royaume des Pays-Bas.</p>
19	Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale	<p><i>Article 43</i></p> <p>1 La Convention est ouverte à la signature des États qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Dix-septième session et des autres États qui ont participé à cette Session.</p> <p>2 Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.</p> <p><i>Article 44</i></p> <p>1 Tout autre État pourra adhérer à la Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 46, paragraphe 1.</p> <p>2 L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du dépositaire.</p> <p>3 L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'État adhérent et les États contractants qui n'auront pas élevé d'objection à son encontre dans les six mois après la réception de la notification prévue à l'article 48, lettre (b). Une telle objection pourra également être élevée par tout État au moment d'une ratification, acceptation ou approbation de la Convention, ultérieure à l'adhésion. Ces objections seront notifiées au dépositaire.</p>
20	Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants	<p><i>Article 57</i></p> <p>1 La Convention est ouverte à la signature des États qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Dix-huitième session.</p> <p>2 Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.</p>

		<p><i>Article 32</i></p> <p>Any other State may accede to the Convention.</p> <p>The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.</p> <p>Such accession shall have effect only as regards the relations between the acceding State and those Contracting States which have not raised an objection to its accession in the twelve months after the receipt of the notification referred to in sub-paragraph 2 of Article 36. Such an objection may also be raised by Member States at the time when they ratify, accept or approve the Convention after an accession. Any such objection shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.</p>
18	Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition	<p><i>Article 27</i></p> <p>The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Fifteenth Session.</p> <p>It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.</p> <p><i>Article 28</i></p> <p>Any other State may accede to the Convention after it has entered into force in accordance with Article 30, paragraph 1.</p> <p>The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.</p> <p>The accession shall have effect only as regards the relations between the acceding State and those Contracting States which have not raised an objection to its accession in the twelve months after the receipt of the notification referred to in Article 32. Such an objection may also be raised by Member States at the time when they ratify, accept or approve the Convention after an accession. Any such objection shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.</p>
19	Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption	<p><i>Article 43</i></p> <p>(1) The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Seventeenth Session and by the other States which participated in that Session.</p> <p>(2) It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.</p> <p><i>Article 44</i></p> <p>(1) Any other State may accede to the Convention after it has entered into force in accordance with Article 46, paragraph 1.</p> <p>(2) The instrument of accession shall be deposited with the depositary.</p> <p>(3) Such accession shall have effect only as regards the relations between the acceding State and those Contracting States which have not raised an objection to its accession in the six months after the receipt of the notification referred to in sub-paragraph (b) of Article 48. Such an objection may also be raised by States at the time when they ratify, accept or approve the Convention after an accession. Any such objection shall be notified to the depositary.</p>
20	Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children	<p><i>Article 57</i></p> <p>(1) The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Eighteenth Session.</p> <p>(2) It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.</p>

		<p><i>Article 58</i></p> <p>1 Tout autre État pourra adhérer à la Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 61, paragraphe 1.</p> <p>2 L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du dépositaire.</p> <p>3 L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'État adhérent et les États contractants qui n'auront pas élevé d'objection à son encontre dans les six mois après la réception de la notification prévue à l'article 63, lettre (b). Une telle objection pourra également être élevée par tout État au moment d'une ratification, acceptation ou approbation de la Convention, ultérieure à l'adhésion. Ces objections seront notifiées au dépositaire.</p>
21	Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes	<p><i>Article 53</i></p> <p>1 La Convention est ouverte à la signature des États qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé le 2 octobre 1999.</p> <p>2 Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.</p> <p><i>Article 54</i></p> <p>1 Tout autre État pourra adhérer à la Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 57, paragraphe 1.</p> <p>2 L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du dépositaire.</p> <p>3 L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'État adhérent et les États contractants qui n'auront pas élevé d'objection à son encontre dans les six mois après la réception de la notification prévue à l'article 59, lettre (b). Une telle objection pourra également être élevée par tout État au moment d'une ratification, acceptation ou approbation de la Convention, postérieure à l'adhésion. Ces objections seront notifiées au dépositaire.</p>
22	Convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille	<p><i>Article 58</i></p> <p>1 La Convention est ouverte à la signature des États qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Vingt et unième session et des autres États qui ont participé à cette Session.</p> <p>2 Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires étrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.</p> <p>3 Tout autre État ou Organisation régionale d'intégration économique pourra adhérer à la Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 60(1).</p> <p>4 L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du dépositaire.</p> <p>5 L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'État adhérent et les États contractants qui n'auront pas élevé d'objection à son encontre dans les 12 mois suivant la date de la notification prévue à l'article 65. Une telle objection pourra également être élevée par tout État au moment d'une ratification, acceptation ou approbation de la Convention, postérieure à l'adhésion. Ces objections seront notifiées au dépositaire.</p>

		<p><i>Article 58</i></p> <p>(1) Any other State may accede to the Convention after it has entered into force in accordance with Article 61, paragraph 1.</p> <p>(2) The instrument of accession shall be deposited with the depositary.</p> <p>(3) Such accession shall have effect only as regards the relations between the acceding State and those Contracting States which have not raised an objection to its accession in the six months after the receipt of the notification referred to in sub-paragraph (b) of Article 63. Such an objection may also be raised by States at the time when they ratify, accept or approve the Convention after an accession. Any such objection shall be notified to the depositary.</p>
21	Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults	<p><i>Article 53</i></p> <p>(1) The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law on 2 October 1999.</p> <p>(2) It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.</p> <p><i>Article 54</i></p> <p>(1) Any other State may accede to the Convention after it has entered into force in accordance with Article 57, paragraph 1.</p> <p>(2) The instrument of accession shall be deposited with the depositary.</p> <p>(3) Such accession shall have effect only as regards the relations between the acceding State and those Contracting States which have not raised an objection to its accession in the six months after the receipt of the notification referred to in sub-paragraph (b) of Article 59. Such an objection may also be raised by States at the time when they ratify, accept or approve the Convention after an accession. Any such objection shall be notified to the depositary.</p>
22	Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance	<p><i>Article 58</i></p> <p>(1) The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Twenty-First Session and by the other States which participated in that Session.</p> <p>(2) It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.</p> <p>(3) Any other State or Regional Economic Integration Organisation may accede to the Convention after it has entered into force in accordance with Article 60(1).</p> <p>(4) The instrument of accession shall be deposited with the depositary.</p> <p>(5) Such accession shall have effect only as regards the relations between the acceding State and those Contracting States which have not raised an objection to its accession in the 12 months after the date of the notification referred to in Article 65. Such an objection may also be raised by States at the time when they ratify, accept or approve the Convention after an accession. Any such objection shall be notified to the depositary.</p>

E Conventions limitant la signature, et dont l'adhésion est limitée sous réserve d'« acceptation tacite »

	CONVENTION	DISPOSITION
23	Convention du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions	<p><i>Article 41</i></p> <p>La présente Convention est ouverte à la signature des États qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Douzième session.</p> <p>Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p><i>Article 42</i></p> <p>Tout État qui n'est devenu Membre de la Conférence qu'après la Douzième session, ou qui appartient à l'Organisation des Nations Unies ou à une institution spécialisée de celle-ci, ou est Partie au Statut de la Cour internationale de Justice, pourra adhérer à la présente Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 44.</p> <p>L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p>L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'État adhérent et les États contractants qui n'auront pas élevé d'objection à son encontre dans les douze mois après la réception de la notification prévue au chiffre 3 de l'article 46.</p> <p>Une telle objection pourra également être élevée par tout État membre au moment d'une ratification, acceptation ou approbation de la Convention, ultérieure à l'adhésion. Ces objections seront notifiées au Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p>
24	Convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires	<p><i>Article 30</i></p> <p>La Convention est ouverte à la signature des États qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Douzième session.</p> <p>Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p><i>Article 31</i></p> <p>Tout État qui n'est devenu Membre de la Conférence qu'après la Douzième session, ou qui appartient à l'Organisation des Nations Unies ou à une institution spécialisée de celle-ci, ou est Partie au Statut de la Cour internationale de Justice, pourra adhérer à la présente Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 35, alinéa premier.</p> <p>L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p>L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'État adhérent et les États contractants qui n'auront pas élevé d'objection à son encontre dans les douze mois après la réception de la notification prévue au chiffre 3 de l'article 37. Une telle objection pourra également être élevée par tout État membre au moment d'une ratification, acceptation ou approbation de la Convention, ultérieure à l'adhésion. Ces objections seront notifiées au Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p>

E Conventions adopting restricted signature, and restricted accession subject to “tacit acceptance”

	CONVENTION	PROVISION
23	Convention of 2 October 1973 Concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons	<p><i>Article 41</i></p> <p>This Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Twelfth Session.</p> <p>It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p><i>Article 42</i></p> <p>Any State which has become a Member of the Hague Conference on Private International Law after the date of its Twelfth Session, or which is a Member of the United Nations or of a specialised agency of that Organisation, or a Party to the Statute of the International Court of Justice may accede to this Convention after it has entered into force in accordance with Article 44.</p> <p>The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p>Such accession shall have effect only as regards the relations between the acceding State and those Contracting States which have not raised an objection to its accession in the twelve months after the receipt of the notification referred to in sub-paragraph 3 of Article 46.</p> <p>The objection may also be raised by Member States at the time when they ratify, accept or approve the Convention after an accession. Any such objection shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p>
24	Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations	<p><i>Article 30</i></p> <p>This Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Twelfth Session.</p> <p>It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p><i>Article 31</i></p> <p>Any State which has become a Member of the Hague Conference on Private International Law after the date of its Twelfth Session, or which is a Member of the United Nations or of a specialised agency of that Organisation, or a Party to the Statute of the International Court of Justice may accede to this Convention after it has entered into force in accordance with the first paragraph of Article 35.</p> <p>The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p>Such accession shall have effect only as regards the relations between the acceding State and those Contracting States which have not raised an objection to its accession in the twelve months after the receipt of the notification referred to in sub-paragraph 3 of Article 37. Such an objection may also be raised by Member States at the time when they ratify, accept or approve the Convention after an accession. Any such objection shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p>

F Conventions limitant la signature, et dont l'adhésion n'est pas limitée sous réserve d'« acceptation expresse »

	CONVENTION	DISPOSITION
25	Convention du 15 avril 1958 sur la compétence du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels	<p><i>Article 11</i></p> <p>La présente Convention est ouverte à la signature des États représentés à la Huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé.</p> <p>Elle sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p>Il sera dressé de tout dépôt d'instruments de ratification un procès-verbal, dont une copie, certifiée conforme, sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des États signataires.</p> <p><i>Article 13</i></p> <p>Tout État, non représenté à la Huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, pourra adhérer à la présente Convention. L'État désirant adhérer notifiera son intention par un acte qui sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas. Celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des États contractants. La Convention entrera en vigueur, pour l'État adhérent, le sixtième jour après la date du dépôt de l'acte d'adhésion.</p> <p>L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'État adhérent et les États contractants qui auront déclaré accepter cette adhésion. Cette déclaration sera déposée auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p>Il est entendu que le dépôt de l'acte d'adhésion ne pourra avoir lieu qu'après l'entrée en vigueur de la présente Convention en vertu de l'article 12.</p>
26	Convention du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants	<p><i>Article 15</i></p> <p>La présente Convention est ouverte à la signature des États représentés à la Huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé.</p> <p>Elle sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p>Il sera dressé de tout dépôt d'instruments de ratification un procès-verbal dont une copie, certifiée conforme, sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des États signataires.</p> <p><i>Article 17</i></p> <p>Tout État, non représenté à la Huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, pourra adhérer à la présente Convention. L'État désirant adhérer notifiera son intention par un acte qui sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas. Celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des États contractants.</p> <p>La Convention entrera en vigueur, entre l'État adhérent et l'État ayant déclaré accepter cette adhésion, le sixtième jour après la date du dépôt de l'acte d'adhésion.</p> <p>L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'État adhérent et les États contractants qui auront déclaré accepter cette adhésion. Cette déclaration sera déposée auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas ; celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des États contractants.</p> <p>Il est entendu que le dépôt de l'acte d'adhésion ne pourra avoir lieu qu'après l'entrée en vigueur de la présente Convention en vertu de l'article 16.</p>



F Conventions adopting restricted signature, and unrestricted accession subject to “explicit acceptance”

	CONVENTION	PROVISION
25	Convention of 15 April 1958 on the jurisdiction of the selected forum in the case of international sales of goods	<p><i>Article 11</i></p> <p>This Convention shall be open for signature by the States represented at the Eighth Session of the Hague Conference on Private International Law.</p> <p>It shall be ratified and the instruments of ratification shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p>A record shall be made of every deposit of instruments of ratification, and a certified copy of that record shall be sent through diplomatic channels to each of the signatory States.</p> <p><i>Article 13</i></p> <p>Any State not represented at the Eighth Session of the Hague Conference on Private International Law may accede to this Convention. The State wishing to accede shall notify its intention by an act which shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands. The latter shall send, through the diplomatic channel, a certified copy to each of the Contracting States. The Convention shall enter into force for the acceding State on the sixtieth day after the date of deposit of the Act of Accession.</p> <p>Accession shall have effect only in the relations between the acceding State and the Contracting States which have declared that they accept this accession. This declaration will be filed with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p>It is understood that the deposit of the Act of Accession may take place only after the entry into force of this Convention by virtue of Article 12.</p>
26	Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children	<p><i>Article 15</i></p> <p>This Convention shall be open for signature by the States represented at the Eighth Session of the Hague Conference on Private International Law.</p> <p>It shall be ratified and the instruments of ratification shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p>A record shall be made of every deposit of instruments of ratification, and a certified copy of that record shall be sent through diplomatic channels to each of the signatory States.</p> <p><i>Article 17</i></p> <p>Any State not represented at the Eighth Session of the Hague Conference on Private International Law may accede to this Convention. The State wishing to accede shall notify its intention by an act which shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands. The latter shall send, through the diplomatic channel, a certified copy to each of the Contracting States.</p> <p>The Convention shall enter into force, between the acceding State and the State having declared to accept this accession, on the sixtieth day after the date of the deposit of the Act of Accession.</p> <p>Accession shall have effect only in the relations between the acceding State and the Contracting States which have declared that they accept this accession. This declaration will be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands; the latter shall send, through the diplomatic channel, a certified copy to each of the Contracting States.</p> <p>It is understood that the deposit of the Act of Accession may take place only after the entry into force of this Convention by virtue of Article 16.</p>

27	Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs	<p><i>Article 19</i></p> <p>La présente Convention est ouverte à la signature des États représentés à la Neuvième session de la Conférence de La Haye de droit international privé.</p> <p>Elle sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p><i>Article 20</i></p> <p>La présente Convention entrera en vigueur le soixantième jour après le dépôt du troisième instrument de ratification prévu par l'article 19, alinéa 2.</p> <p>La Convention entrera en vigueur, pour chaque État signataire ratifiant postérieurement, le soixantième jour après le dépôt de son instrument de ratification.</p> <p><i>Article 21</i></p> <p>Tout État non représenté à la Neuvième session de la Conférence de La Haye de droit international privé pourra adhérer à la présente Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 20, alinéa premier. L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p>L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'État adhérent et les États contractants qui auront déclaré accepter cette adhésion. L'acceptation sera notifiée au Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p>La Convention entrera en vigueur, entre l'État adhérent et l'État ayant déclaré accepter cette adhésion, le soixantième jour après la notification mentionnée à l'alinéa précédent.</p>
28	Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants	<p><i>Article 37</i></p> <p>La Convention est ouverte à la signature des États qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quatorzième session.</p> <p>Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères du Royaume des Pays-Bas.</p> <p><i>Article 38</i></p> <p>Tout autre État pourra adhérer à la Convention.</p> <p>L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères du Royaume des Pays-Bas.</p> <p>La Convention entrera en vigueur, pour l'État adhérent, le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de son instrument d'adhésion.</p> <p>L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'État adhérent et les États contractants qui auront déclaré accepter cette adhésion. Une telle déclaration devra également être faite par tout État membre ratifiant, acceptant ou approuvant la Convention ultérieurement à l'adhésion. Cette déclaration sera déposée auprès du Ministère des Affaires Étrangères du Royaume des Pays-Bas ; celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie certifiée conforme, à chacun des États contractants.</p> <p>La Convention entrera en vigueur entre l'État adhérent et l'État ayant déclaré accepter cette adhésion le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de la déclaration d'acceptation.</p>

27	Convention of 5 October 1961 concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of infants	<p><i>Article 19</i></p> <p>The present Convention is open to the signature of the States represented at the Ninth Session of the Hague Conference on Private International Law.</p> <p>It shall be ratified and the instruments of ratification deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p><i>Article 20</i></p> <p>The present Convention shall enter into effect the sixtieth day after the deposit of the third instrument of ratification contemplated in Article 19, paragraph 2.</p> <p>As respects each signatory State subsequently ratifying the Convention, it shall enter into effect on the sixtieth day from the date of the deposit of its instrument of ratification.</p> <p><i>Article 21</i></p> <p>Any State not represented at the Ninth Session of the Hague Conference on Private International Law may accede to the present Convention after it has entered into effect by virtue of Article 20, paragraph 1. The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p>The accession shall have effect only in the relations between the acceding State and Contracting States which declare that they accept this accession. The acceptance shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p>Between the acceding State and the State which has declared that it accepts the accession the Convention shall enter into effect the sixtieth day after the notification mentioned in the preceding paragraph.</p>
28	Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction	<p><i>Article 37</i></p> <p>The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Fourteenth Session.</p> <p>It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.</p> <p><i>Article 38</i></p> <p>Any other State may accede to the Convention.</p> <p>The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.</p> <p>The Convention shall enter into force for a State acceding to it on the first day of the third calendar month after the deposit of its instrument of accession.</p> <p>The accession will have effect only as regards the relations between the acceding State and such Contracting States as will have declared their acceptance of the accession. Such a declaration will also have to be made by any Member State ratifying, accepting or approving the Convention after an accession. Such declaration shall be deposited at the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands; this Ministry shall forward, through diplomatic channels, a certified copy to each of the Contracting States.</p> <p>The Convention will enter into force as between the acceding State and the State that has declared its acceptance of the accession on the first day of the third calendar month after the deposit of the declaration of acceptance.</p>

	CONVENTION	DISPOSITION
29	Convention du premier juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps	<p><i>Article 26</i></p> <p>La présente Convention est ouverte à la signature des États représentés à la Onzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé.</p> <p>Elle sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p><i>Article 28</i></p> <p>Tout État non représenté à la Onzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé qui est Membre de cette Conférence ou de l'Organisation des Nations Unies ou d'une institution spécialisée de celle-ci ou Partie au Statut de la Cour internationale de Justice pourra adhérer à la présente Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 27, alinéa premier.</p> <p>L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p>La Convention entrera en vigueur, pour l'État adhérent, le soixantième jour après le dépôt de son instrument d'adhésion.</p> <p>L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'État adhérent et les États contractants qui auront déclaré accepter cette adhésion. Cette déclaration sera déposée auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas ; celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie certifiée conforme, à chacun des États contractants.</p> <p>La Convention entrera en vigueur entre l'État adhérent et l'État ayant déclaré accepter cette adhésion soixante jours après le dépôt de la déclaration d'acceptation.</p>
30	Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale	<p><i>Article 37</i></p> <p>La présente Convention est ouverte à la signature des États représentés à la Onzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé.</p> <p>Elle sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p><i>Article 39</i></p> <p>Tout État non représenté à la Onzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé qui est Membre de la Conférence ou de l'Organisation des Nations Unies ou d'une institution spécialisée de celle-ci ou Partie au Statut de la Cour internationale de Justice pourra adhérer à la présente Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 38, alinéa premier.</p> <p>L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p>La Convention entrera en vigueur, pour l'État adhérent, le soixantième jour après le dépôt de son instrument d'adhésion.</p> <p>L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'État adhérent et les États contractants qui auront déclaré accepter cette adhésion. Cette déclaration sera déposée auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas ; celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie certifiée conforme, à chacun des États contractants.</p> <p>La Convention entrera en vigueur entre l'État adhérent et l'État ayant déclaré accepter cette adhésion soixante jours après le dépôt de la déclaration d'acceptation.</p>

G Conventions adopting restricted signature, and restricted accession subject to “explicit acceptance”

	CONVENTION	PROVISION
29	Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations	<p><i>Article 26</i></p> <p>The present Convention shall be open for signature by the States represented at the Eleventh Session of the Hague Conference on Private International Law.</p> <p>It shall be ratified, and the instruments of ratification shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p><i>Article 28</i></p> <p>Any State not represented at the Eleventh Session of the Hague Conference on Private International Law which is a Member of this Conference or of the United Nations or of a specialised agency of that Organisation, or a Party to the Statute of the International Court of Justice may accede to the present Convention after it has entered into force in accordance with the first paragraph of Article 27.</p> <p>The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p>The Convention shall enter into force for a State acceding to it on the sixtieth day after the deposit of its instrument of accession.</p> <p>The accession will have effect only as regards the relations between the acceding State and such Contracting States as will have declared their acceptance of the accession. Such a declaration shall be deposited at the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands; this Ministry shall forward, through diplomatic channels, a certified copy to each of the Contracting States.</p> <p>The Convention will enter into force as between the acceding State and the State that has declared its acceptance of the accession on the sixtieth day after the deposit of the declaration of acceptance.</p>
30	Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters	<p><i>Article 37</i></p> <p>The present Convention shall be open for signature by the States represented at the Eleventh Session of the Hague Conference on Private International Law.</p> <p>It shall be ratified, and the instruments of ratification shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p><i>Article 39</i></p> <p>Any State not represented at the Eleventh Session of the Hague Conference on Private International Law which is a Member of this Conference or of the United Nations or of a specialised agency of that Organisation, or a Party to the Statute of the International Court of Justice may accede to the present Convention after it has entered into force in accordance with the first paragraph of Article 38.</p> <p>The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p>The Convention shall enter into force for a State acceding to it on the sixtieth day after the deposit of its instrument of accession.</p> <p>The accession will have effect only as regards the relations between the acceding State and such Contracting States as will have declared their acceptance of the accession. Such declaration shall be deposited at the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands; this Ministry shall forward, through diplomatic channels, a certified copy to each of the Contracting States.</p> <p>The Convention will enter into force as between the acceding State and the State that has declared its acceptance of the accession on the sixtieth day after the deposit of the declaration of acceptance.</p>

31	Convention du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière	<p><i>Article 16</i></p> <p>La présente Convention est ouverte à la signature des États représentés à la Onzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé.</p> <p>Elle sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p><i>Article 18</i></p> <p>Tout État non représenté à la Onzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé qui est Membre de cette Conférence ou de l'Organisation des Nations Unies ou d'une institution spécialisée de celle-ci ou Partie au Statut de la Cour internationale de Justice pourra adhérer à la présente Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 17, alinéa premier.</p> <p>L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p>La Convention entrera en vigueur, pour l'État adhérent, le soixantième jour après le dépôt de son instrument d'adhésion.</p> <p>L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'État adhérent et les États contractants qui auront déclaré accepter cette adhésion. Cette déclaration sera déposée auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas ; celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie certifiée conforme, à chacun des États contractants.</p> <p>La Convention entrera en vigueur entre l'État adhérent et l'État ayant déclaré accepter cette adhésion soixante jours après le dépôt de la déclaration d'acceptation.</p>
----	--	--

H Conventions limitant la signature, et dont l'adhésion n'est pas limitée sous réserve de « veto »

	CONVENTION	DISPOSITION
32	Convention du premier mars 1954 relative à la procédure civile	<p><i>Article 27</i></p> <p>La présente Convention est ouverte à la signature des États représentés à la Septième session de la Conférence de droit international privé.</p> <p>Elle sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p>Il sera dressé de tout dépôt d'instruments de ratification un procès-verbal, dont une copie, certifiée conforme, sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des États signataires.</p> <p><i>Article 31</i></p> <p>Tout État, non représenté à la Septième session de la Conférence, est admis à adhérer à la présente Convention, à moins qu'un État ou plusieurs États ayant ratifié la Convention ne s'y opposent, dans un délai de six mois à dater de la communication faite par le Gouvernement néerlandais, de cette adhésion. L'adhésion se fera de la manière prévue par l'article 27, alinéa 2.</p> <p>Il est entendu que les adhésions ne pourront avoir lieu qu'après l'entrée en vigueur de la présente Convention, en vertu de l'article 28, alinéa premier.</p>
33	Convention du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants	<p><i>Article 7</i></p> <p>La présente Convention est ouverte à la signature des États représentés à la Huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé.</p>

31	Convention of 4 May 1971 on the Law Applicable to Traffic Accidents	<p><i>Article 16</i></p> <p>The present Convention shall be open for signature by the States represented at the Eleventh Session of the Hague Conference on Private International Law.</p> <p>It shall be ratified, and the instruments of ratification shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p><i>Article 18</i></p> <p>Any State not represented at the Eleventh Session of the Hague Conference on Private International Law which is a Member of this Conference or of the United Nations or of a specialised agency of that Organisation, or a Party to the Statute of the International Court of Justice may accede to the present Convention after it has entered into force in accordance with the first paragraph of Article 17.</p> <p>The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p>The Convention shall enter into force for a State acceding to it on the sixtieth day after the deposit of its instrument of accession.</p> <p>The accession will have effect only as regards the relations between the acceding State and such Contracting States as will have declared their acceptance of the accession. Such a declaration shall be deposited at the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands; this Ministry shall forward, through diplomatic channels, a certified copy to each of the Contracting States.</p> <p>The Convention will enter into force as between the acceding State and the State having declared to accept the accession on the sixtieth day after the deposit of the declaration of acceptance.</p>
----	---	--

H Conventions adopting restricted signature, and unrestricted accession subject to “veto”

	CONVENTION	PROVISION
32	Convention of 1 March 1954 on civil procedure	<p><i>Article 27</i></p> <p>This Convention shall be open for signature by the States represented at the Seventh Session of the Conference on Private International Law.</p> <p>It shall be ratified and the instruments of ratification shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p>A record shall be made of every deposit of instruments of ratification, and a certified copy of that record shall be sent through diplomatic channels to each of the signatory States.</p> <p><i>Article 31</i></p> <p>Any State not represented at the Seventh Session of the Conference may accede to the present Convention, unless a State or several States which have ratified the Convention object, within a period of six months from the date of the notification by the Netherlands Government of that accession. Accession shall be by the method indicated in the second paragraph of Article 27.</p> <p>It is understood that the accessions shall not be able to take place until after the entry into force of the present Convention, by virtue of the first paragraph of Article 28.</p>
33	Convention of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children	<p><i>Article 7</i></p> <p>This Convention shall be open for signature by the States represented at the Eighth Session of the Hague Conference on Private International Law.</p>

		<p>Elle sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p>Il sera dressé de tout dépôt d'instruments de ratification un procès-verbal, dont une copie, certifiée conforme, sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des États signataires.</p> <p><i>Article 10</i></p> <p>Tout État, non représenté à la Huitième session de la Conférence est admis à adhérer à la présente Convention, à moins qu'un État ou plusieurs États ayant ratifié la Convention ne s'y opposent, dans un délai de six mois, à dater de la communication faite par le Gouvernement néerlandais de cette adhésion. L'adhésion se fera de la manière prévue par l'article 7, alinéa 2.</p> <p>Il est entendu que les adhésions ne pourront avoir lieu qu'après l'entrée en vigueur de la présente Convention, en vertu de l'article 8, alinéa premier.</p>
34	Convention du 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption	<p><i>Article 18</i></p> <p>La présente Convention est ouverte à la signature des États représentés à la Dixième session de la Conférence de La Haye de droit international privé.</p> <p>Elle sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p><i>Article 20</i></p> <p>Tout État non représenté à la Dixième session de la Conférence de La Haye de droit international privé pourra adhérer à la présente Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 19, alinéa premier. L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p>La Convention n'entrera en vigueur pour un tel État qu'à défaut d'opposition de la part d'un État ayant ratifié la Convention avant ce dépôt, notifiée au Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas dans un délai de six mois à partir de la date à laquelle ce Ministère lui aura notifié cette adhésion.</p> <p>À défaut d'opposition, la Convention entrera en vigueur pour l'État adhérent le premier jour du mois qui suit l'expiration du dernier des délais mentionnés à l'alinéa précédent.</p>
35	Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extra-judiciaires en matière civile ou commerciale	<p><i>Article 26</i></p> <p>La présente Convention est ouverte à la signature des États représentés à la Dixième session de la Conférence de La Haye de droit international privé.</p> <p>Elle sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p><i>Article 28</i></p> <p>Tout État non représenté à la Dixième session de la Conférence de La Haye de droit international privé pourra adhérer à la présente Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 27, alinéa premier. L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p>La Convention n'entrera en vigueur pour un tel État qu'à défaut d'opposition de la part d'un État ayant ratifié la Convention avant ce dépôt, notifiée au Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas dans un délai de six mois à partir de la date à laquelle ce Ministère lui aura notifié cette adhésion.</p> <p>À défaut d'opposition, la Convention entrera en vigueur pour l'État adhérent le premier jour du mois qui suit l'expiration du dernier des délais mentionnés à l'alinéa précédent.</p>



		<p>It shall be ratified and the instruments of ratification shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p>A record shall be made of every deposit of instruments of ratification, and a certified copy of that record shall be sent through diplomatic channels to each of the signatory States.</p> <p><i>Article 10</i></p> <p>Any State not represented at the Eighth Session of the Conference may accede to this Convention, unless one or more States which have ratified the Convention object, within six months, from the communication made by the Netherlands Government of this accession. Membership shall be in the manner provided for in Article 7, paragraph 2.</p> <p>It is understood that accessions can only take place after the entry into force of this Convention, pursuant to Article 8, paragraph 1.</p>
34	Convention of 15 November 1965 on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoptions	<p><i>Article 18</i></p> <p>The present Convention shall be open for signature by the States represented at the Tenth Session of the Hague Conference on Private International Law.</p> <p>It shall be ratified, and the instruments of ratification shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p><i>Article 20</i></p> <p>Any State not represented at the Tenth Session of the Hague Conference on Private International Law may accede to the present Convention after it has entered into force in accordance with the first paragraph of Article 19. The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p>The Convention shall enter into force for such a State in the absence of any objection from a State, which has ratified the Convention before such deposit, notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands within a period of six months after the date on which the said Ministry has notified it of such accession.</p> <p>In the absence of any such objection, the Convention shall enter into force for the acceding State on the first day of the month following the expiration of the last of the periods referred to in the preceding paragraph.</p>
35	Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters	<p><i>Article 26</i></p> <p>The present Convention shall be open for signature by the States represented at the Tenth Session of the Hague Conference on Private International Law.</p> <p>It shall be ratified, and the instruments of ratification shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p><i>Article 28</i></p> <p>Any State not represented at the Tenth Session of the Hague Conference on Private International Law may accede to the present Convention after it has entered into force in accordance with the first paragraph of Article 27. The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p>The Convention shall enter into force for such a State in the absence of any objection from a State, which has ratified the Convention before such deposit, notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands within a period of six months after the date on which the said Ministry has notified it of such accession.</p> <p>In the absence of any such objection, the Convention shall enter into force for the acceding State on the first day of the month following the expiration of the last of the periods referred to in the preceding paragraph.</p>

36	Convention du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for	<p><i>Article 16</i></p> <p>La présente Convention est ouverte à la signature des États représentés à la Dixième session de la Conférence de La Haye de droit international privé.</p> <p>Elle sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p><i>Article 18</i></p> <p>Tout État non représenté à la Dixième session de la Conférence de La Haye de droit international privé pourra adhérer à la présente Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 17, alinéa premier. L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p>La Convention n'entrera en vigueur pour un tel État qu'à défaut d'opposition de la part d'un état ayant ratifié la Convention avant ce dépôt, notifiée au Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas dans un délai de six mois à partir de la date à laquelle ce Ministère lui aura notifié cette adhésion.</p> <p>À défaut d'opposition, la Convention entrera en vigueur pour l'État adhérent le premier jour du mois qui suit l'expiration du dernier des délais mentionnés à l'alinéa précédent.</p>
----	--	---

I Conventions adoptant l'approche « Accords additionnels »

	CONVENTION	DISPOSITION
37	Convention du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale	<p><i>Article 21</i></p> <p>Les décisions rendues dans un État contractant ne seront reconnues ou déclarées exécutoires dans un autre État contractant conformément aux dispositions des articles précédents, que si ces deux États après être devenus Parties à la Convention en sont ainsi convenus par accord complémentaire.</p> <p><i>Article 27</i></p> <p>La présente Convention est ouverte à la signature des États représentés à la Dixième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, ainsi qu'à celle de Chypre, de l'Islande et de Malte.</p> <p>Elle sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p><i>Article 29</i></p> <p>Tout État non visé à l'alinéa premier de l'article 27 pourra adhérer à la présente Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 28, alinéa premier. L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.</p> <p>La Convention n'entrera en vigueur pour un tel État qu'à défaut d'opposition de la part d'un État ayant ratifié la Convention avant ce dépôt, notifié au Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas dans un délai de six mois à partir de la date à laquelle ce Ministère lui aura notifié cette adhésion.</p> <p>À défaut d'opposition, la Convention entrera en vigueur pour l'État adhérent le premier jour du mois qui suit l'expiration du dernier des délais mentionnés à l'alinéa précédent.</p>

36	Convention of 25 November 1965 on the Choice of Court	<p><i>Article 16</i></p> <p>The present Convention shall be open for signature by the States represented at the Tenth Session of the Hague Conference on Private International Law.</p> <p>It shall be ratified, and the instruments of ratification shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p><i>Article 18</i></p> <p>Any State not represented at the Tenth Session of the Hague Conference on Private International Law may accede to the present Convention after it has entered into force in accordance with the first paragraph of Article 17. The instruments of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p>The Convention shall enter into force for such a State in the absence of any objection from a State, which has ratified the Convention before such deposit, notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands within a period of six months after the date on which the said Ministry has notified it of such accession.</p> <p>In the absence of any such objection, the Convention shall enter into force for the acceding State on the first day of the month following the expiration of the last of the periods referred to in the preceding paragraph.</p>
----	---	---

I Conventions adopting the “Supplementary Agreements” approach

	CONVENTION	PROVISION
37	Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters	<p><i>Article 21</i></p> <p>Decisions rendered in a Contracting State shall not be recognised or enforced in another Contracting State in accordance with the provisions of the preceding Articles unless the two States, being Parties to this Convention, have concluded a Supplementary Agreement to this effect.</p> <p><i>Article 27</i></p> <p>This Convention shall be open for signature by the States represented at the Tenth Session of the Hague Conference on Private International Law and Cyprus, Iceland and Malta.</p> <p>It shall be ratified and the instruments of ratification shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p><i>Article 29</i></p> <p>Any State not falling within the provisions of the first paragraph of Article 27 may accede to this Convention after it has entered into force in accordance with the first paragraph of Article 28. The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.</p> <p>This Convention shall enter into force for such a State in the absence of any objection from a State which has ratified this Convention before such deposit, notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands within a period of six months after the date on which the said Ministry has notified it of such accession.</p> <p>In the absence of any such objection, this Convention shall enter into force for the acceding State on the first day of the month following the expiration of the last of the periods referred to in the preceding paragraph.</p>

## ANNEXE II : CLASSEMENT DES CONVENTIONS PAR NOMBRE DE PARTIES CONTRACTANTES SELON DES APPROCHES EN MATIÈRE D'OUVERTURE\*

Couleur	Approche en matière d'ouverture
	Totalement ouverte : ne limitant ni la signature ni l'adhésion
	Signature limitée et adhésion non limitée
	Signature et adhésion limitées
	Signature limitée, et adhésion non limitée sous réserve d'« acceptation tacite »
	Signature limitée, et adhésion limitée sous réserve d'« acceptation tacite »
	Signature limitée, et adhésion non limitée sous réserve d'« acceptation expresse »
	Signature limitée, et adhésion limitée sous réserve d'« acceptation expresse »
	Signature limitée, et adhésion non limitée sous réserve de « veto »
	Accords additionnels

Classement	Convention ou Protocole	Nombre de Parties contractantes	En vigueur (depuis)	Approche en matière d'« ouverture »
1	Convention du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers	117	Oui (1965)	Signature limitée, adhésion non limitée sous réserve d'« acceptation tacite »
2	Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale	101	Oui (1995)	Signature limitée, adhésion non limitée sous réserve d'« acceptation tacite »
3	Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants	100	Oui (1983)	Signature limitée, adhésion non limitée sous réserve d'« acceptation expresse »
4	Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale	74	Oui (1969)	Signature limitée, adhésion non limitée sous réserve de « veto »
5	Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale	62	Oui (1972)	Signature limitée, adhésion limitée sous réserve d'« acceptation expresse »
6	Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants	51	Oui (2002)	Signature limitée, adhésion non limitée sous réserve d'« acceptation tacite »
7	Convention du premier mars 1954 relative à la procédure civile	49	Oui (1957)	Signature limitée, adhésion non limitée sous réserve de « veto »
8	Convention du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires	42	Oui (1964)	Signature limitée et adhésion non limitée
9	Convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille	39	Oui (2013)	Signature limitée, adhésion non limitée sous réserve d'« acceptation tacite »
10	Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for	32	Oui (2015)	Totalement ouverte

\* Nombre de Parties contractantes au 26 mars 2019.

ANNEX II: RANKING OF CONVENTIONS BY NUMBER OF CONTRACTING PARTIES, WITH APPROACHES TO OPENNESS\*

Colour	Approach to openness
	Fully open: unrestricted signature and unrestricted accession
	Restricted signature and unrestricted accession
	Restricted signature and restricted accession
	Restricted signature, and unrestricted accession subject to “tacit acceptance”
	Restricted signature, and restricted accession subject to “tacit acceptance”
	Restricted signature, and unrestricted accession subject to “explicit acceptance”
	Restricted signature, and restricted accession subject to “explicit acceptance”
	Restricted signature, and unrestricted accession subject to “veto”
	Supplementary Agreements

Ranking	Convention or Protocol	Number of Contracting Parties	In force (since)	“Openness” Approach
1	Convention of 5 October 1961 Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents	117	Yes (1965)	Restricted signature, unrestricted accession subject to “tacit acceptance”
2	Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption	101	Yes (1995)	Restricted signature, unrestricted accession subject to “tacit acceptance”
3	Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction	100	Yes (1983)	Restricted signature, unrestricted accession subject to “explicit acceptance”
4	Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters	74	Yes (1969)	Restricted signature, unrestricted accession subject to veto
5	Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters	62	Yes (1972)	Restricted signature, restricted accession subject to “explicit acceptance”
6	Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children	51	Yes (2002)	Restricted signature, unrestricted accession subject to “tacit acceptance”
7	Convention of 1 March 1954 on civil procedure	49	Yes (1957)	Restricted signature, unrestricted accession subject to veto
8	Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions	42	Yes (1964)	Restricted signature and unrestricted accession
9	Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance	39	Yes (2013)	Restricted signature, unrestricted accession subject to “tacit acceptance”
10	Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements	32	Yes (2015)	Fully open

\* Number of Contracting Parties as of 26 March 2019.

11	Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires	30	Oui (2013)	Totalement ouverte
12	Convention du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice	28	Oui (1988)	Signature limitée, adhésion non limitée sous réserve d'« acceptation tacite »
13	Convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires	24	Oui (1976)	Signature limitée, adhésion limitée sous réserve d'« acceptation tacite »
14	Convention du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière	21	Oui (1975)	Signature limitée, adhésion limitée sous réserve d'« acceptation expresse »
15	Convention du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants	20	Oui (1962)	Signature limitée, adhésion non limitée sous réserve d'« acceptation expresse »
16	Convention du premier juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps	20	Oui (1975)	Signature limitée, adhésion limitée sous réserve d'« acceptation expresse »
17	Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires	15	Oui (1977)	Signature et adhésion limitées
18	Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs	14	Oui (1969)	Signature limitée, adhésion non limitée sous réserve d'« acceptation expresse »
19	Convention du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants	14	Oui (1962)	Signature limitée, adhésion non limitée sous réserve de « veto »
20	Convention du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance	14	Oui (1992)	Signature limitée, adhésion non limitée sous réserve d'« acceptation tacite »
21	Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes	12	Oui (2009)	Signature limitée, adhésion non limitée sous réserve d'« acceptation tacite »
22	Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits	11	Oui (1977)	Signature et adhésion limitées
23	Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels	8	Oui (1964)	Signature limitée et adhésion non limitées
24	Convention du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale	5	Oui (1979)	Accords additionnels
25	Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation	4	Oui (1992)	Signature limitée et adhésion non limitée
26	Convention du premier juin 1956 concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères	3	Non	Signature limitée, adhésion non limitée sous réserve d'« acceptation tacite »
27	Convention du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions	3	Oui (1993)	Signature limitée, adhésion limitée sous réserve d'« acceptation tacite »
28	Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux	3	Oui (1992)	Signature limitée et adhésion non limitée
29	Convention du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages	3	Oui (1991)	Signature limitée et adhésion non limitée
30	Convention du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire	3	Oui (2017)	Totalement ouverte
31	Convention du 15 juin 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile	2	Non	Signature limitée et adhésion non limitée
32	Convention du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises	2	Non	Totalement ouverte

11	Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations	30	Yes (2013)	Fully open
12	Convention of 25 October 1980 on International Access to Justice	28	Yes (1988)	Restricted signature, unrestricted accession subject to "tacit acceptance"
13	Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations	24	Yes (1976)	Restricted signature, restricted accession subject to "tacit acceptance"
14	Convention of 4 May 1971 on the Law Applicable to Traffic Accidents	21	Yes (1975)	Restricted signature, restricted accession subject to "explicit acceptance"
15	Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children	20	Yes (1962)	Restricted signature, unrestricted accession subject to "explicit acceptance"
16	Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations	20	Yes (1975)	Restricted signature, restricted accession subject to "explicit acceptance"
17	Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations	15	Yes (1977)	Restricted signature and restricted accession
18	Convention of 5 October 1961 concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of infants	14	Yes (1969)	Restricted signature, unrestricted accession subject to "explicit acceptance"
19	Convention of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children	14	Yes (1962)	Restricted signature, unrestricted accession subject to veto
20	Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition	14	Yes (1992)	Restricted signature, unrestricted accession subject to "tacit acceptance"
21	Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults	12	Yes (2009)	Restricted signature, unrestricted accession subject to "tacit acceptance"
22	Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Products Liability	11	Yes (1977)	Restricted signature and restricted accession
23	Convention of 15 June 1955 on the law applicable to international sales of goods	8	Yes (1964)	Restricted signature and unrestricted accession
24	Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters	5	Yes (1979)	Supplementary Agreements
25	Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency	4	Yes (1992)	Restricted signature and unrestricted accession
26	Convention of 1 June 1956 concerning the recognition of the legal personality of foreign companies, associations and institutions	3	No	Restricted signature, unrestricted accession subject to "tacit acceptance"
27	Convention of 2 October 1973 Concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons	3	Yes (1993)	Restricted signature, restricted accession subject to "tacit acceptance"
28	Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes	3	Yes (1992)	Restricted signature and unrestricted accession
29	Convention of 14 March 1978 on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages	3	Yes (1991)	Restricted signature and unrestricted accession
30	Convention of 5 July 2006 on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary	3	Yes (2017)	Fully open
31	Convention of 15 June 1955 relating to the settlement of the conflicts between the law of nationality and the law of domicile	2	No	Restricted signature and unrestricted accession
32	Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods	2	No	Fully open

33	Convention du 15 avril 1958 sur la loi applicable au transfert de la propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels	1	Non	Signature limitée et adhésion non limitée
34	Convention du 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption	0	Non	Signature limitée, adhésion non limitée sous réserve de « veto »
35	Convention du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for	0	Non	Signature limitée, adhésion non limitée sous réserve de « veto »
36	Convention du 15 avril 1958 sur la compétence du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels	0	Non	Signature limitée, adhésion non limitée sous réserve d'« acceptation expresse »
37	Convention du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort	0	Non	Signature limitée et adhésion non limitée



33	Convention of 15 April 1958 on the law governing transfer of title in international sales of goods	1	No	Restricted signature and unrestricted accession
34	Convention of 15 November 1965 on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoptions	0	No	Restricted signature, unrestricted accession subject to veto
35	Convention of 25 November 1965 on the Choice of Court	0	No	Restricted signature, unrestricted accession subject to veto
36	Convention of 15 April 1958 on the jurisdiction of the selected forum in the case of international sales of goods	0	No	Restricted signature, unrestricted accession subject to “explicit acceptance”
37	Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons	0	No	Restricted signature and unrestricted accession

---

## Note concernant les « tribunaux communs » visés à l'article 4(5) et (6) du projet de Convention de 2018

ÉTABLIE PAR LE BUREAU PERMANENT

---

Document préliminaire No 7 d'avril 2019

---

### I INTRODUCTION<sup>1</sup>

1 Le projet de Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale facilitera la reconnaissance et l'exécution, dans un État contractant, d'un jugement rendu dans un autre État contractant<sup>2</sup>. Lors des réunions de la Commission spéciale (ci-après, la « Commission spéciale ») sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (ci-après, le « projet sur les Jugements ») de février 2017, de novembre 2017 et de mai 2018, les experts se sont penchés sur la nécessité d'établir un mécanisme pour traiter des jugements rendus par des tribunaux communs à deux ou plusieurs États (ci-après, les « tribunaux communs »), et ont fait plusieurs propositions visant à intégrer ce mécanisme dans le projet de Convention<sup>3</sup>.

2 Des dispositions concernant les tribunaux communs ont d'abord été incluses dans le projet de Convention de février 2017 pendant la Deuxième réunion de la Commission spéciale<sup>4</sup>. En vue de faciliter les discussions lors de la Troisième réunion de la Commission spéciale de novembre 2017, le Bureau Permanent a préparé une « Note concernant les 'tribunaux communs' visés à l'article 22 du projet de Convention de février 2017 » (ci-après, la « Note de 2017 »)<sup>5</sup>. Au cours de la réunion de novembre 2017, un certain nombre d'approches relatives aux tribunaux communs a été examiné, notamment :

- a) l'insertion d'une référence aux tribunaux communs dans la définition du terme « tribunal » à l'article 3(1) ;
- b) l'ajout d'une référence aux jugements rendus par les tribunaux communs à l'article 4 ;
- c) la modification de l'article 22 du projet de Convention de février 2017, notamment pour prévoir des déclara-

---

<sup>1</sup> Le Bureau Permanent (ci-après, le « BP ») remercie l'Union européenne (ci-après, l'« UE ») d'avoir préparé le document explicatif sur la nature et le fonctionnement des tribunaux communs au sein de l'UE, ainsi que le Royaume-Uni d'avoir apporté son aide relatif aux renseignements sur le Comité judiciaire du Conseil privé. Le BP remercie également David Goddard QC, Président de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers, et Marcelo De Nardi, président du Groupe de travail informel II sur le traitement des jugements rendus par un tribunal commun pour leur aide dans la préparation de cette Note.

<sup>2</sup> Art. 1(2) du projet de Convention 2018, publié comme Doc. trav. No 262 REV, Projet de Convention révisé proposé par le Comité de rédaction arrêté au 28 mai 2018, voir Cahier 3, p. 318, du présent tome.

<sup>3</sup> Pour faciliter la discussion, le terme « projet de Convention » est utilisé pour désigner le projet de Convention de 2018. Le cas échéant, d'autres versions provisoires de la Convention seront spécifiquement identifiées.

<sup>4</sup> Art. 22 du projet de Convention de février 2017, publié comme Doc. trav. No 170 REV, Projet de Convention de février 2017 arrêté au 24 février 2017, voir Cahier 3, p. 173, du présent tome.

<sup>5</sup> Doc. prélim. No 9 d'octobre 2017 à l'attention de la Troisième réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 13 au 17 novembre 2017) (disponible sur le site web de la HCCH à l'adresse <www.hcch.net>, sous l'Espace spécialisé « Jugements »).

tions plus précises et un certain type de mécanisme de bilatéralisation ;

- d) l'omission de toute référence aux tribunaux communs dans le projet de Convention et l'ajout d'une explication dans le Rapport explicatif quant à savoir si les jugements rendus par des tribunaux communs sont susceptibles de circuler en application du projet de Convention, et sur quel fondement, en l'absence de toute référence explicite à ces tribunaux<sup>6</sup>.

3 Étant donné que chaque option nécessite un examen plus approfondi, il a été décidé lors de la réunion de conserver le texte de l'article 22 du projet de Convention de février 2017 entre crochets (art. 21 du projet de Convention de novembre 2017)<sup>7</sup>. Comme l'a proposé le Président de la Commission spéciale lors de la Troisième réunion, un groupe de travail informel a été créé afin d'examiner le traitement des jugements rendus par des tribunaux communs<sup>8</sup>. Les conclusions de ce groupe de travail informel<sup>10</sup> ont été soumises à la Quatrième réunion de la Commission spéciale, qui s'est tenue en mai 2018.

4 Lors de sa Quatrième réunion, la Commission spéciale a examiné quatre propositions différentes sur le traitement des jugements rendus par des tribunaux communs<sup>11</sup> :

- a) supprimer l'article 21 du projet de Convention de novembre 2017 et laisser la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements rendus par des tribunaux communs au droit national. Il a été considéré que les tribunaux communs présentaient des problèmes nouveaux et non résolus, tant pour les tribunaux communs déjà existants que pour ceux qui ne le sont pas encore, et qu'il serait donc trop tôt pour les inclure dans le projet de Convention<sup>12</sup>. Il a également été considéré qu'il s'agissait de l'approche adoptée par la HCCH dans la *Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for* (ci-après, la « Convention Election de for de 2005 ») ;
- b) inclure dans le projet de Convention diverses formes de déclarations positives concernant les tribunaux communs afin d'améliorer la transparence, y compris la possibilité d'une déclaration positive détaillée, étant donné les éléments inconnus des tribunaux communs et leur fonctionnement<sup>13</sup> ;

---

<sup>6</sup> Aide-mémoire du Président de la Commission spéciale de novembre 2017, voir Cahier 3, p. 266, du présent tome, para. 25.

<sup>7</sup> Projet de Convention de novembre 2017, publié comme Doc. trav. No 236 REV, Projet de Convention de novembre 2017 arrêté au 17 novembre 2017, voir Cahier 3, p. 252, du présent tome.

<sup>8</sup> Aide-mémoire du Président de la Commission spéciale de novembre 2017 (*op. cit.* note 6), para. 26.

<sup>9</sup> *Ibid.*, para 42.

<sup>10</sup> Doc. trav. No 254, Rapport du Groupe de travail informel 5 sur les tribunaux communs (art. 21), distribué (en anglais uniquement) en mai 2018, Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 24 au 29 mai 2018), voir Cahier 3, p. 294, du présent tome.

<sup>11</sup> Aide-mémoire du Président de la Commission spéciale de mai 2018, voir Cahier 3, p. 336, du présent tome, para. 13.

<sup>12</sup> Doc. trav. No 245, proposition de la délégation de la Fédération de Russie, distribué (en anglais uniquement) en mai 2018, Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 24 au 29 mai 2018), voir Cahier 3, p. 281, du présent tome ; aux fins de discussion, Procès-verbaux de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 24 au 29 mai 2018) (disponible sur le Portail sécurisé du site web de la HCCH à l'adresse <www.hcch.net>, sous la rubrique « 22<sup>e</sup> Session diplomatique »), Procès-verbal No 3, para. 5 et 6.

<sup>13</sup> Doc. trav. No 222, proposition de la délégation de la République populaire de Chine, distribué (en anglais uniquement) en novembre 2017, Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 13 au 17 novembre 2017), voir Cahier 3, p. 229, du présent tome ; aux fins de discussion, Procès-verbaux de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 24 au 29 mai 2018) (voir chemin d'accès indiqué à la note 12), Procès-verbal No 3, para. 10 et 15.

---

## Note on “common courts” in Article 4(5) and (6) of the 2018 draft Convention

DRAWN UP BY THE PERMANENT BUREAU

*Preliminary Document No 7 of April 2019*

---

### I INTRODUCTION<sup>1</sup>

1 The draft Convention on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters will facilitate the recognition and enforcement in one Contracting State of a judgment given by a court of another Contracting State.<sup>2</sup> During the meetings of the Special Commission (hereinafter, the “Special Commission”) on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (hereinafter, the “Judgments Project”) in February and November 2017 and May 2018, the experts discussed the need for a mechanism to deal with judgments given by courts common to two or more States (hereinafter, “common courts”), and produced several proposals to include such a mechanism in the draft Convention.<sup>3</sup>

2 Provisions concerning common courts were first included in the February 2017 draft Convention at the Second Meeting of the Special Commission.<sup>4</sup> With a view to facilitating the discussions during the Third Meeting in November 2017, the Permanent Bureau prepared a “Note on ‘common courts’ in Article 22 of the February 2017 draft Convention” (hereinafter, the “2017 Note”).<sup>5</sup> At the November 2017 meeting, a number of approaches in relation to common courts were discussed, including:

- a) inserting a reference to common courts in a definition of “court” in Article 3(1);
- b) adding a reference to judgments given by common courts in Article 4;
- c) making amendments to Article 22 of the February 2017 draft Convention, including providing for more de-

tailed declarations and some form of bilateralisation mechanism; and

- d) omitting any reference to common courts in the text of the draft Convention, and instead explaining in the Explanatory Report whether, and on what basis, the judgments of common courts may circulate under the draft Convention in the absence of any express reference to such courts.<sup>6</sup>

3 As each option required further consideration, the meeting decided to retain the square brackets around the text of Article 22 of the February 2017 draft Convention (Art. 21 of the November 2017 draft Convention<sup>7</sup>).<sup>8</sup> As proposed by the Chair of the Special Commission at the Third Meeting, an informal working group was established to discuss the treatment of judgments delivered by common courts,<sup>9</sup> and the outcome of this informal working group<sup>10</sup> was submitted to the Fourth Meeting of the Special Commission, which took place in May 2018.

4 At its Fourth Meeting, the Special Commission considered four different proposals on the treatment of common court judgments:<sup>11</sup>

- a) to delete Article 21 of the November 2017 draft Convention, and leave the issue of recognition and enforcement of judgments of common courts to national law. It was considered that common courts present new and unexplored issues both for common courts already in existence and those yet to be created, and thus it would be premature to include them in the draft Convention.<sup>12</sup> It was also considered that this had been the approach taken by the HCCH in the *Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements* (hereinafter, the “2005 Choice of Court Convention”);
- b) to include in the draft Convention various forms of positive declarations in relation to common courts to enhance transparency, including the option of a detailed positive declaration, given the unknown elements of common courts and their operation;<sup>13</sup>

---

<sup>1</sup> The Permanent Bureau (PB) is grateful to the European Union (hereinafter, “EU”) for providing the explanatory document on the nature and workings of common courts in the EU, and to the United Kingdom for providing assistance on the information of the Judicial Committee of Privy Council. The PB also thanks David Goddard QC, Chair of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, and Marcelo De Nardi, chair of informal working group II on the treatment of common court judgments, for their assistance in the preparation of this Note.

<sup>2</sup> Art. 1(2) of the 2018 draft Convention, published as Work. Doc. No 262 REV, Revised draft Convention submitted by the Drafting Committee as of 28 May 2018, see Book 3, p. 318, of this tome.

<sup>3</sup> For ease of discussion, the term “draft Convention” is used to refer to the 2018 draft Convention. Where it is appropriate, other draft versions of the Convention will be specifically identified.

<sup>4</sup> Art. 22 of the February 2017 draft Convention, published as Work. Doc. No 170 REV, February 2017 draft Convention as of 24 February 2017, see Book 3, p. 173, of this tome.

<sup>5</sup> Prel. Doc. No 9 of October 2017 for the attention of the Third Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2017) (available on the HCCH website at <www.hcch.net>, under the “Judgments” Specialised Section).

---

<sup>6</sup> *Aide memoire* of the Chair of the Special Commission of November 2017, see Book 3, p. 267, of this tome, para. 25.

<sup>7</sup> November 2017 draft Convention, published as Work. Doc. No 236 REV, November 2017 Draft Convention as of 17 November 2017, see Book 3, p. 252, of this tome.

<sup>8</sup> *Aide memoire* of the Chair of the Special Commission of November 2017 (*op. cit.* note 6), para. 26.

<sup>9</sup> *Ibid.*, para. 42.

<sup>10</sup> Work. Doc. No 254, Report of informal working group 5 on common courts (Art. 21), distributed in May 2018, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (24-29 May 2018), see Book 3, p. 294, of this tome.

<sup>11</sup> *Aide memoire* of the Chair of the Special Commission of May 2018, see Book 3, p. 337, of this tome, para. 13.

<sup>12</sup> Work. Doc. No 245, proposal of the delegation of the Russian Federation, distributed in May 2018, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (24-29 May 2018), see Book 3, p. 281, of this tome; for discussion, Minutes of the Fourth Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (24-29 May 2018) (available on the Secure Portal of the HCCH website at <www.hcch.net>, under “22<sup>nd</sup> Diplomatic Session”), Minutes No 3, paras 5 and 6.

<sup>13</sup> Work. Doc. No 222, proposal of the delegation of the People’s Republic of China, distributed in November 2017, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2017), see Book 3, p. 229, of this tome; for discussion, Minutes of the Fourth Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (24-29 May 2018) (see path indicated in note 12), Minutes No 3, paras 10 and 15.

- c) insérer dans le projet de Convention une disposition prévoyant que les États contractants peuvent faire des déclarations d'acceptation (*opt-in*) ou de refus (*opt-out*) concernant la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus par des tribunaux communs<sup>14</sup> ; ou
- d) traiter la question des tribunaux communs en adoptant une définition à l'article 4 du projet de Convention ; cette approche tient compte de ce qui résulte des tribunaux communs, c'est-à-dire des types de jugements qui peuvent circuler<sup>15</sup>.

5 La Commission spéciale a décidé de supprimer l'article 21 du projet de Convention de novembre 2017 et d'inclure deux textes alternatifs (art. 4(5) ou art. 4(5) et (6)) dans le projet de Convention entre crochets afin de faciliter les réflexions et discussions ultérieures sur cette question en vue de la Session diplomatique<sup>16</sup>. Les textes alternatifs sont les suivants :

*« Article 4  
Dispositions générales*

[...]

[[5 Aux fins du paragraphe premier, un jugement rendu par un tribunal commun à deux ou plusieurs États est réputé l'avoir été par le tribunal d'un État contractant si cet État a désigné ce tribunal commun dans une déclaration à cet effet, et si l'une des conditions suivantes est remplie :

- (a) tous les membres du tribunal commun sont des États contractants pour lesquels ce tribunal exerce les fonctions judiciaires relatives à la matière concernée et le jugement est susceptible d'être reconnu ou exécuté conformément à l'article 5(1)(c), (e), (f), (l), ou (m) ; ou
- (b) le jugement est susceptible d'être reconnu ou exécuté conformément à un autre sous-paragraphe de l'article 5(1)[, l'article 5(3),] ou conformément à l'article 6, et ces exigences d'admissibilité sont remplies dans l'État contractant pour lequel ce tribunal exerce les fonctions judiciaires relatives à la matière concernée.]

OU

[5 Aux fins du paragraphe premier, un jugement rendu par un tribunal commun à deux ou plusieurs États est réputé l'avoir été par le tribunal d'un État contractant si cet État a désigné ce tribunal commun dans une déclaration à cet effet, et si l'une des conditions suivantes est remplie :

- (a) tous les membres du tribunal commun sont des États contractants pour lesquels ce tribunal exerce les fonctions judiciaires relatives à la matière con-

cernée et le jugement est susceptible d'être reconnu ou exécuté conformément à l'article 5(1)(c), (e), (f), (l), ou (m) ; ou

- (b) le jugement est susceptible d'être reconnu ou exécuté conformément à un autre sous-paragraphe de l'article 5(1)[, l'article 5(3),] ou conformément à l'article 6, et ces exigences d'admissibilité sont remplies dans l'État contractant pour lequel ce tribunal exerce les fonctions judiciaires relatives à la matière concernée.

6 Un État contractant peut déclarer qu'il ne reconnaîtra ou n'exécutera pas les jugements rendus par un tribunal commun qui fait l'objet d'une déclaration en vertu du paragraphe 5 pour les matières couvertes par cette déclaration.

OU

6 La déclaration visée au paragraphe 5 n'aura d'effet qu'entre l'État contractant l'ayant faite et les autres États contractants ayant déclaré l'accepter. Ces déclarations doivent être déposées auprès du ministère des Affaires étrangères des Pays-Bas, lequel transmettra, par voie diplomatique, une copie certifiée à chacun des États contractants.]] »

6 La Commission spéciale a également suggéré que le groupe de travail informel poursuive ses travaux sur ce sujet. Elle a encouragé les Membres à partager des exemples informels et spécifiques en ce qui concerne la nature et le fonctionnement des tribunaux communs et l'application du projet de disposition<sup>17</sup>.

7 Conformément à ces mandats, un groupe de travail informel a été rétabli. L'UE a élaboré un document explicatif sur la nature et le fonctionnement des tribunaux communs au sein de l'UE (ci-après, le « document de l'UE de 2018 ») qui a été communiqué au groupe. Afin de donner aux participants à la Session diplomatique une vue d'ensemble des tribunaux communs de l'UE, le document de l'UE de 2018 est joint en annexe II à la présente Note.

8 En vue de faciliter la poursuite des discussions sur ces dispositions lors de la Session diplomatique à venir, le BP a préparé la présente Note. La section II donne d'abord un aperçu des tribunaux communs qui sont analysés plus en détail à l'annexe I. La section III présente ensuite le concept et les types de tribunaux communs. La section IV porte sur le traitement des jugements rendus par des tribunaux communs à la fois dans le cadre des dispositions actuelles de l'article 4(5) et (6) du projet de Convention, et dans les cas où le projet de Convention ne prévoit pas expressément de disposition portant sur les tribunaux communs. La section V conclut en énonçant deux options possibles permettant de traiter les jugements rendus par des tribunaux communs, elle examine leurs implications et indique certains points à examiner.

9 Pour faciliter l'analyse, l'expression « État du tribunal commun » sera utilisé dans la présente Note pour désigner l'État qui relève du tribunal commun.

<sup>14</sup> Doc. trav. No 249, proposition des délégations d'Israël et de la République de Corée, distribué (en anglais uniquement) en mai 2018, Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 24 au 29 mai 2018), voir Cahier 3, p. 293, du présent tome ; aux fins de discussion, Procès-verbaux de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 24 au 29 mai 2018) (voir chemin d'accès indiqué à la note 12), Procès-verbal No 3, para. 7 et 8.

<sup>15</sup> Une proposition conjointe de l'Union européenne et des États-Unis d'Amérique a été incluse dans le Doc. trav. No 254 de mai 2018 (*op. cit.* note 10) ; aux fins de discussion, Procès-verbaux de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 24 au 29 mai 2018) (voir chemin d'accès indiqué à la note 12), Procès-verbal No 3, para. 3 et 4.

<sup>16</sup> Aide-mémoire du Président de la Commission spéciale de novembre 2018 (*op. cit.* note 11), para. 14.

<sup>17</sup> *Ibid.*, para. 15.

- c) to make provision in the draft Convention for declarations by Contracting States to opt in or opt out in relation to the recognition and enforcement of judgments of common courts;<sup>14</sup> and/or
- d) to deal with the issue of common courts by way of definition in Article 4 of the draft Convention; this approach looks to the outcome of the common courts, *i.e.*, what types of judgments may circulate.<sup>15</sup>

5 The Special Commission decided to delete Article 21 of the November 2017 draft Convention and include two alternative texts (Art. 4(5); or Art. 4(5) and (6)) in the draft Convention in square brackets, as a marker to facilitate further reflection and discussion on this issue in preparation for the Diplomatic Session.<sup>16</sup> The alternative texts are extracted below:

*“Article 4  
General provisions*

[...]

[[5 For purposes of paragraph 1, a judgment given by a court common to two or more States shall be deemed to be a judgment given by a court of a Contracting State if the Contracting State has identified the common court in a declaration to that effect, and either of the following conditions are met –

- (a) all members of the common court are Contracting States whose judicial functions in relation to the relevant matter are exercised by the common court, and the judgment is eligible for recognition and enforcement under Article 5(1)(c), (e), (f), (l), or (m); or
- (b) the judgment is eligible for recognition and enforcement under another sub-paragraph of Article 5(1)[, Article 5(3),] or under Article 6, and those eligibility requirements are met in a Contracting State whose judicial functions in relation to the relevant matter are exercised by the common court.]

OR

[5 For purposes of paragraph 1, a judgment given by a court common to two or more States shall be deemed to be a judgment given by a court of a Contracting State if the Contracting State has identified the common court in a declaration to that effect, and either of the following conditions are met –

- (a) all members of the common court are Contracting States whose judicial functions in relation to the relevant matter are exercised by the common court,

and the judgment is eligible for recognition and enforcement under Article 5(1)(c), (e), (f), (l), or (m); or

- (b) the judgment is eligible for recognition and enforcement under another sub-paragraph of Article 5(1)[, Article 5(3),] or under Article 6, and those eligibility requirements are met in a Contracting State whose judicial functions in relation to the relevant matter are exercised by the common court.

6 A Contracting State may declare that it shall not recognise or enforce judgments of a common court that is the object of a declaration under paragraph 5 in respect of any of the matters covered by that declaration.

OR

6 The declaration referred to in paragraph 5 shall have effect only between the Contracting State that made the declaration and other Contracting States that have declared their acceptance of the declaration. Such declarations shall be deposited at the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands, which will forward, through diplomatic channels, a certified copy to each of the Contracting States.]]”

6 The Special Commission also suggested that the informal working group continue working on this topic. It encouraged Members to share informal and specific examples in relation to the nature and workings of common courts, and the application of the draft provision.<sup>17</sup>

7 Following these mandates, an informal working group was re-established. The EU prepared an explanatory document on the nature and workings of common courts in the EU (hereinafter, the “2018 EU Document”), which was shared with the group. In order to provide the participants in the Diplomatic Session with a full picture of the common courts in the EU, the 2018 EU Document is attached as Annex II to this Note.

8 With a view to facilitating further discussion on these provisions at the upcoming Diplomatic Session, the PB has prepared this Note. Section II of this Note first provides an overview of common courts which are analysed in more detail in Annex I. Section III then explains the concept and types of common courts. Section IV discusses the treatment of common court judgments both under the current common court provisions in Article 4(5) and (6) of the draft Convention, and in circumstances where there is no express provision for common courts in the draft Convention. Section V concludes by setting out two possible options to deal with common court judgments, discusses their implications, and flags certain issues for consideration.

9 For ease of discussion, the term “common court State” is used in this Note to refer to the State which is a party or member of the common court.

<sup>14</sup> Work. Doc. No 249, proposal of the delegations of Israel and the Republic of Korea, distributed in May 2018, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (24-29 May 2018), see Book 3, p. 293, of this tome; for discussion, Minutes of the Fourth Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (24-29 May 2018) (see path indicated in note 12), Minutes No 3, paras 7 and 8.

<sup>15</sup> A joint proposal of the European Union and the United States of America was included in Work. Doc. No 254 of May 2018 (*op. cit.* note 10); for discussion, Minutes of the Fourth Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (24-29 May 2018) (see path indicated in note 12), Minutes No 3, paras 3 and 4.

<sup>16</sup> *Aide memoire* of the Chair of the Special Commission of May 2018 (*op. cit.* note 11), para. 14.

<sup>17</sup> *Ibid.*, para. 15.

## II APERÇU DES TRIBUNAUX COMMUNS RECENSÉS

10 L'annexe I de la présente Note identifie plusieurs tribunaux communs aux fins du projet de Convention. Ces informations ont pour but d'apporter plus de précision et de transparence en ce qui concerne les tribunaux communs qui existent au moment de la rédaction de la présente Note. Il convient de noter que cette liste n'est pas exhaustive.

11 En résumé, l'annexe I traite de cinq tribunaux régionaux/internationaux disposant d'une vaste compétence en matière civile ou commerciale. Ces tribunaux sont : la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (CCJA), la Cour de justice des Caraïbes (CJC), la Cour suprême des Caraïbes orientales (CECA), la Cour de justice de la Communauté andine (TJCA) et le Comité judiciaire du Conseil privé. Cette annexe évoque en outre deux tribunaux régionaux/internationaux spécialisés en matière de propriété intellectuelle. Ces deux tribunaux sont la Cour de justice Benelux ainsi que la future Juridiction unifiée du brevet.

12 Il convient de noter que la Note de 2017 comptait la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) parmi les tribunaux communs. Le document de l'UE de 2018 précise toutefois que la CJUE n'est pas un tribunal commun conformément au régime du projet de Convention<sup>18</sup>. Il s'agit d'un tribunal d'un Membre de la HCCH pour deux raisons : premièrement, la CJUE fait partie du cadre institutionnel de l'UE, celle-ci étant son seul organe judiciaire. Si l'UE, en tant que Membre de la HCCH, devenait liée par la future Convention Jugements, les jugements de la CJUE seraient régis par la future Convention comme ceux des tribunaux nationaux. Deuxièmement, il s'agit de l'approche adoptée dans la Convention Élection de for de 2005. Comme indiqué dans le document de l'UE de 2018, cette approche devra être conservée étant donné la nature complémentaire de la Convention Élection de for de 2005 et du projet de Convention<sup>19</sup>.

13 L'annexe I présente le contexte, la structure, la composition, la compétence matérielle ainsi que la fonction de chaque tribunal identifié. Elle examine également si ces tribunaux communs peuvent reconnaître ou exécuter les jugements étrangers et, dans l'affirmative, comment cela pourrait être fait. L'annexe I indique également, selon le cas, si le tribunal commun partage sa compétence avec les tribunaux nationaux.

14 Les observations générales concernant ces tribunaux sont les suivantes :

- i) Il existe des tribunaux communs dont le champ d'application en matière civile ou commerciale dépasse celui du projet de Convention, à l'instar des questions contractuelles, liées au droit des sociétés, etc. Il ressort des informations disponibles que les tribunaux communs spécialisés en matière de propriété intellectuelle sont les seuls tribunaux communs spécialisés

<sup>18</sup> Document de l'UE de 2018, para. 17 à 21.

<sup>19</sup> T. Hartley & M. Dogauchi, Rapport explicatif sur la Convention Accords d'élection de for de 2005, in *Actes et documents de la Vingtième session (2005)*, tome III, *Élection de for*, Anvers – Oxford – Portland, Intersentia, 2010, p. 784 à 862 (« Rapport Hartley/Dogauchi »), au para. 17 : « Il s'ensuit qu'un accord d'élection de for désignant 'les tribunaux de la Communauté européenne' ou visant particulièrement 'la Cour de justice des Communautés européennes (Tribunal de première instance)' relèverait de la Convention. » Voir également le Document de l'UE de 2018, para. 22 à 24, qui décrit la manière dont les décisions de la CJUE pourraient circuler dans le cadre du projet de Convention, voir section II.d). Pour plus d'informations, voir « Convention sur les jugements : Rapport explicatif préliminaire révisé », établi par Francisco Garcimartín et Geneviève Saumier, Doc. pré-l. No 1 de décembre 2018 à l'attention de la Vingtième session sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 18 juin au 2 juillet 2019) (ci-après, le « Rapport explicatif préliminaire révisé »), ci-dessus p. 10 du présent Cahier, para. 124.

qui traitent des affaires relevant du champ d'application du projet de Convention.

- ii) Il existe des tribunaux communs qui remplissent uniquement les attributions d'une juridiction d'appel (par ex. la CCJA et le Comité judiciaire du Conseil privé) et d'autres qui remplissent à la fois les attributions d'une juridiction de première instance et d'appel (que ce soit en matière civile ou commerciale) (par ex. la Cour de justice Benelux). Il existe aussi des tribunaux communs qui remplissent les attributions d'une juridiction de première instance et d'appel mais dont les fonctions sont distinctes selon qu'ils agissent en première instance ou en appel. À titre d'exemple, un tribunal commun peut être compétent en première instance sur des matières qui ne relèvent pas du projet de Convention, mais compétent en appel sur des matières qui tombent sous le coup du projet de Convention (c'est le cas notamment de la CJC).
- iii) Aucun des tribunaux communs identifiés ne semble avoir la responsabilité de faire exécuter des jugements étrangers (sauf dans la mesure où ils remplissent les attributions d'une juridiction d'appel et entendent des appels concernant les litiges portant sur l'exécution). La reconnaissance des jugements étrangers est bien entendu une question distincte et, en l'absence de règles expresses sur la reconnaissance, elle serait régie par le droit national appliqué par le tribunal commun compétent dans le cadre d'une affaire portée devant ce tribunal.
- iv) À l'exception de la période de transition de la future Juridiction unifiée du brevet, il n'existe aucun partage de compétence dans le traitement des affaires de première instance entre les tribunaux communs mentionnés et les tribunaux nationaux concernés.

## III CONCEPT ET TYPES DE TRIBUNAUX COMMUNS

15 La notion de tribunaux communs dans le projet de Convention est la même que celle qui figure dans la Note de 2017. Comme expliqué dans le Rapport explicatif préliminaire révisé, dans le contexte du projet de Convention, la notion de « tribunal commun » désigne un tribunal habilité par deux ou plusieurs États, par accord ou par acte unilatéral, à i) exercer sa compétence sur des matières comprenant celles qui entrent dans le champ d'application du projet de Convention, c'est-à-dire les matières civiles ou commerciales ; et à ii) rendre des décisions sur le fond comprenant des décisions constituant des « jugements » en vertu de l'article 3(1)(b). Conformément à de tels accords ou actes unilatéraux, les États transfèrent ou délèguent leur pouvoir judiciaire à un tribunal commun. Le tribunal commun est investi d'un pouvoir exclusif ou coexistant avec celui des juridictions nationales. En tant que tel, le tribunal commun fait partie du système judiciaire des États qui ont institué le tribunal commun et les jugements du tribunal commun pourraient donc être assimilés aux jugements rendus par un tribunal national de cet État. La création de tribunaux communs reflète habituellement, mais pas nécessairement, les intérêts qu'ont différents États à garantir une interprétation et une application uniformes d'un droit matériel harmonisé, par exemple, des droits de propriété intellectuelle unitaires<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Rapport explicatif préliminaire révisé, para. 123.

10 Annex I to this Note identifies several common courts for the purposes of the draft Convention. This information intends to provide clarity and transparency on the common courts that are in existence at the time of writing. It should be noted that this list is not exhaustive.

11 By way of summary, Annex I addresses five regional/international courts with broad jurisdiction covering a wide range of civil or commercial matters. They are the Common Court of Justice and Arbitration of the Organization for the Harmonization of Business Law in Africa (CCJA), the Caribbean Court of Justice (CCJ), the Eastern Caribbean Supreme Court (ECSC), the Court of Justice of the Andean Community (TJCA), and the Judicial Committee of the Privy Council (JCPC). The Annex further identifies two regional/international courts which specialise in intellectual property matters. The two courts are the Benelux Court of Justice and the future Unified Patent Court (UPC).

12 It should be noted that the 2017 Note had included the Court of Justice of the European Union (CJEU) as one of the common courts. The 2018 EU Document, however, states that the CJEU is *not* a common court under the regime of the draft Convention.<sup>18</sup> It is a court of a Member of the HCCH for two reasons: first, the CJEU is part of the institutional framework of the EU, being its sole judicial body. Should the EU, as a Member of the HCCH, become bound by the future Judgments Convention, CJEU judgments would be governed by the future Convention as those of national courts. Secondly, this is the approach taken by the 2005 Choice of Court Convention. As stated in the 2018 EU Document, this approach will need to be continued, given the complementary nature of the 2005 Choice of Court Convention and the draft Convention.<sup>19</sup>

13 Annex I sets out the background, structure, membership, subject matter jurisdiction and function of each identified court. It also looks at the possibility of these common courts recognising or enforcing foreign judgments and, if so, how this could be done. Annex I also indicates, where appropriate, whether the common court shares jurisdiction with national courts.

14 General observations as to these courts are that:

- i) There are common courts dealing with a wider scope of civil or commercial matters than fall under the scope of the draft Convention, such as contractual matters, company law-related matters, etc. From available information, it appears that common courts dealing with specific subject matters that are within the scope

of the draft Convention are only intellectual property courts.

- ii) There are common courts with an appellate function only (*e.g.*, the CCJA, JCPC), or with first instance and appellate functions (both in civil or commercial matters) (*e.g.*, the Benelux Court of Justice). There are also common courts with first instance and appellate functions, each function having jurisdiction over different subject matters, *e.g.*, the first instance may have jurisdiction over a subject matter that falls outside the scope of the draft Convention, while the appellate function may have jurisdiction over matters within scope (*e.g.*, the CCJ).
- iii) None of the identified common courts seems to have responsibility for enforcing foreign judgments (except to the extent that they have an appellate role and hear appeals about disputes concerning enforcement). The recognition of foreign judgments is of course a separate issue, and in the absence of express rules about recognition would be governed by the national law applied by the relevant common court in connection with a matter before that court.
- iv) Except for the transitional period of the future UPC, there is no shared jurisdiction between the identified common courts and their relevant national courts in adjudicating first instance cases.

### III CONCEPT AND TYPES OF COMMON COURTS

15 The concept of common courts in the draft Convention is the same as that in the 2017 Note. As explained in the revised draft Explanatory Report, in the context of the draft Convention, the term “common court” refers to a court that is empowered by two or more States, by agreement or by unilateral act, to i) exercise jurisdiction over matters including those that come within the scope of application of the draft Convention, *i.e.*, civil or commercial matters; and ii) deliver decisions on the merits including decisions that qualify as “judgments” under Article 3(1)(b). Under such agreements or unilateral acts, States transfer or delegate their judicial power to a common court. The common court may be vested with either exclusive or concurrent power in relation to national courts. As such, the common court forms part of the judicial system of the States which established the common court and the judgments of the common court could therefore be equated to the judgments given by the national court of that State. The creation of common courts usually, but not necessarily, reflects the interests of different States in ensuring a uniform interpretation and application of harmonised substantive law, *e.g.*, unitary intellectual property rights.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> 2018 EU Document, paras 17-21.

<sup>19</sup> T. Hartley & M. Dogauchi, Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Convention, in *Proceedings of the Twentieth Session (2005)*, Tome III, *Choice of Court*, Antwerp – Oxford – Portland, Intersentia, 2010, pp. 785-863 (“Hartley/Dogauchi Report”), at para. 17: “It follows from this that a choice of court agreement designating ‘the courts of the European Community’ or referring specifically to ‘the Court of Justice of the European Communities (Court of First Instance)’ would be covered by the Convention.” See also, 2018 EU Document, paras 22-24, which describe how decisions of the CJEU could circulate under the draft Convention, see Section II(d). For further discussion, see “Judgments Convention: Revised Draft Explanatory Report”, drawn up by Francisco Garcimartin and Geneviève Saumier, Prel. Doc. No 1 of December 2018 for the attention of the Twenty-Second Session on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (18 June – 2 July 2019) (“revised draft Explanatory Report”), *supra* p. 11 of this Book, para. 124.

<sup>20</sup> Revised draft Explanatory Report, para. 123.

16 Quelques juridictions internationales telles que la Cour internationale de justice (CIJ), la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) ou l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ne constituent pas des tribunaux communs au sens du projet de Convention. Ces tribunaux sont compétents pour connaître des litiges de droit international public, et non de matières civiles et commerciales, et de ce fait, ils n'exercent pas la compétence *des* États mais exercent leur compétence *sur* les États en tant que sujets de droit international. L'expression « tribunaux communs » ne s'étend ni aux tribunaux d'arbitrage<sup>21</sup>, ni aux tribunaux spécialisés créés par un État<sup>22</sup>, ni aux autres organes qui n'ont pas de fonction juridictionnelle<sup>23</sup>.

17 Par ailleurs, bien que les tribunaux établis en vertu de traités bilatéraux d'investissement pour connaître des différends entre investisseurs et États ne constituent pas eux non plus des tribunaux communs parce qu'ils exercent leur compétence *sur* l'État en tant que sujet de droit international, comme souligné dans le Rapport explicatif préliminaire révisé, il ne peut pas être totalement exclu qu'à l'avenir, ces tribunaux fonctionnent comme des tribunaux communs dans certaines situations<sup>24</sup>.

18 En ce qui concerne les fonctions des tribunaux communs, ils peuvent servir soit comme juridiction d'appel uniquement, soit comme juridiction de première instance et d'appel. Lorsqu'elle sert uniquement de juridiction d'appel, la juridiction de première instance est toujours une juridiction de l'État qui relève du tribunal commun. Cette catégorisation a des implications sur la manière dont les décisions circulent dans le cadre du projet de Convention.

19 Il convient de noter que la question du « tribunal commun » peut se poser non seulement lorsqu'un tribunal est commun à deux ou plusieurs États, mais aussi, par exemple, lorsqu'un système juridique non unifié a des tribunaux communs qui connaissent des recours formés par des unités territoriales ayant des systèmes juridiques différents. L'article 23 s'appliquerait dans ce contexte, en exigeant que certaines références (y compris les références aux tribunaux) soient interprétées comme s'appliquant « le cas échéant » à l'unité territoriale ou à l'État.

#### IV TRAITEMENT DES JUGEMENTS RENDUS PAR UN TRIBUNAL COMMUN

20 Le projet de Convention contient des dispositions explicites sur le traitement des jugements rendus par des tribunaux communs (art. 4(5) et (6)). Il serait également intéressant de voir si et comment les jugements rendus par des tribunaux communs circuleraient s'il n'y avait pas de disposition expresse dans le projet de Convention. La présente section traite des deux situations.

<sup>21</sup> Par ex. la Cour permanente d'arbitrage (CPA) ou le Tribunal arbitral du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

<sup>22</sup> Par ex. le Tribunal de commerce international de Singapour (SICC) ou le Tribunal du Centre financier international de Dubaï (DIFC).

<sup>23</sup> Par ex. le Bureau des brevets du Conseil de coopération des États arabes du Golfe. Il convient de noter qu'à ce stade de la négociation, les décisions des offices de brevets des États contractants ne sont pas couvertes par le champ d'application du projet de Convention, à l'exception de la situation décrite à l'art. 8(3).

<sup>24</sup> Rapport explicatif préliminaire révisé, para. 124 (les co-Rapporteurs sollicitent des exemples sur ce point).

#### A Fonctionnement de l'article 4(5) et (6) du projet de Convention

21 Contrairement à l'approche adoptée à l'article 22 du projet de Convention de février 2017, les dispositions actuelles sur les tribunaux communs (art. 4(5) et (6)) portent sur l'issue des procédures des tribunaux communs, c'est-à-dire les types de jugements qu'ils rendent.

22 L'article 4(5) et (6) du projet de Convention présentent deux solutions alternatives afin de permettre aux jugements rendus par des tribunaux communs de circuler. En substance, ces deux options sont similaires : elles prévoient toutes deux un mécanisme de déclaration en vertu duquel un État contractant peut déclarer que les jugements rendus par des tribunaux communs désignés sont réputés constituer des jugements rendus par les tribunaux de cet État et qu'ils entrent à ce titre dans le champ d'application du projet de Convention (art. 4(5)). Selon la deuxième option (art. 4(5) et (6)), la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus par des tribunaux communs désignés dans une telle déclaration dépendent de la volonté des autres États contractants de reconnaître et exécuter ces jugements. Deux variantes sont proposées : soit les États contractants qui n'ont pas fait de déclaration en vertu de l'article 4(5) peuvent déclarer qu'ils ne reconnaîtront pas ou n'exécuteront pas les jugements rendus par les tribunaux communs désignés dans une telle déclaration (variante 1), soit la reconnaissance ou l'exécution des jugements rendus par les tribunaux communs désignés dépend de l'acceptation expresse par chaque État contractant d'une déclaration en vertu de l'article 4(5) (variante 2).

##### 1 Alternative 1 - Article 4(5) uniquement<sup>25</sup>

23 Aux termes de cette disposition, les jugements rendus par un tribunal commun à deux ou plusieurs États sont réputés constituer des jugements aux fins du projet de Convention si : i) l'État contractant a désigné ce tribunal commun dans une déclaration à cet effet et ii) certaines conditions sont remplies.

24 La première condition signifie que les jugements rendus par des tribunaux communs n'entrent pas automatiquement dans le champ d'application du projet de Convention : une déclaration positive de l'État contractant ou des États contractants pour le compte du ou desquels ce tribunal commun exerce sa compétence est également nécessaire. Cela apportera de la clarté et de la transparence aux autres États contractants.

25 Par ailleurs, les alinéas (a) et (b) de l'article 4(5) précisent l'application, aux jugements rendus par des tribunaux communs, des critères de compétence établis aux articles 5 et 6. Certains des critères prévus aux articles 5 et 6 sont fondés sur des liens entre un jugement et un État contractant précis, c'est-à-dire l'État d'origine, alors que les tribunaux communs exercent leur compétence pour le compte de deux ou plusieurs États. L'application de ces critères ne pose pas de difficultés lorsque le tribunal commun remplit uniquement les attributions d'une juridiction d'appel étant donné que le critère peut être appliqué par référence à la juridiction de première instance dans un État contractant. L'application des critères ne pose pas non plus de difficultés lorsque tous les États pour le compte desquels le tribunal commun exerce sa compétence de première instance sont des États contractants. Dans le cas où certains d'entre eux sont des États contractants, il peut s'avérer plus clair et

<sup>25</sup> Une analyse détaillée et complète du fonctionnement de l'art. 4(5) figure dans le Rapport explicatif préliminaire révisé, para. 125 à 138. Par souci de cohérence, la présente Note reprend l'analyse.



16 Certain international courts such as the International Court of Justice (ICJ), the European Court of Human Rights (ECHR), the Inter-American Court of Human Rights (CIDH) or the World Trade Organization (WTO) Appellate Body do not qualify as common courts under the draft Convention. These courts deal with public international law disputes, not with civil and commercial matters, and accordingly do not exercise jurisdiction *of* the States but *over* the States as subjects of international law. The term “common courts” does not extend to arbitration tribunals,<sup>21</sup> specialised courts established by one State,<sup>22</sup> nor other bodies that do not have an adjudicatory function.<sup>23</sup>

17 In addition, although courts established under Bilateral Investment Treaties (BIT) to deal with investor-State disputes do not qualify as common courts because they exercise jurisdiction *over* the State as a subject of international law, as highlighted in the revised draft Explanatory Report, it cannot be completely ruled out that in the future there might be cases in which these courts function as common courts.<sup>24</sup>

18 As to the functions of the common courts, they may serve as either an appellate court only, or as both a first instance and appellate court. When serving solely as an appellate court, the first instance court is still a court of the State which is a party to the common court. This categorisation has implications for the way in which decisions are circulated under the draft Convention.

19 It is worth noting that the “common court” issue may arise not only where a court is common to two or more States, but also for example where a non-unified legal system has common courts hearing appeals from territorial units with different systems of law. Article 23 would apply in that context, requiring certain references (including references to courts) to be read as applying “where appropriate” to either the territorial unit or the State.

#### IV TREATMENT OF COMMON COURT JUDGMENTS

20 The draft Convention provides explicit provisions on the treatment of common court judgments (Art. 4(5) and (6)). It would also be interesting to see whether and how common court judgments would circulate if there is no express provision under the draft Convention. This section deals with both situations.

<sup>21</sup> *E.g.*, the Permanent Court of Arbitration (PCA) or the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Arbitral Tribunal.

<sup>22</sup> *E.g.*, the Singapore International Commercial Court (SICC) or the Dubai International Finance Centre (DIFC) Court.

<sup>23</sup> *E.g.*, the Patent Office of the Co-operation Council for the Arab States of the Gulf. It should be noted that at this stage of negotiation, decisions of patent offices of Contracting States are not covered by the scope of the draft Convention, except the situation in Art. 8(3).

<sup>24</sup> Revised draft Explanatory Report, para. 124 (the *co-Rapporteurs* invite examples on this point).

#### A Operation of Article 4(5) and (6) of the draft Convention

21 Differing from the approach taken in Article 22 of the February 2017 draft Convention, the current provisions on common courts (Art. 4(5) and (6)) look to the outcome of the common courts’ processes, *i.e.*, the types of judgments that they deliver.

22 Article 4(5) and (6) of the draft Convention set out two alternative ways of addressing the circulation of common court judgments. They are substantially similar: both options provide for a declaration mechanism according to which a Contracting State may declare that judgments given by designated common courts are deemed to be judgments of that State’s courts and therefore within the scope of the draft Convention (Art. 4(5)). Under the second option (Art. 4(5) and (6)), recognition and enforcement of judgments of common courts identified in such a declaration depends on the willingness of other Contracting States to recognise and enforce those judgments. There are two sub-options: either Contracting States other than the ones having made a declaration under Article 4(5) may “opt out” by declaring that they will not recognise or enforce judgments from common courts identified in such a declaration (variant 1) or recognition or enforcement of judgments from designated common courts depends on each other Contracting State to “opt in” by express acceptance of a declaration made under Article 4(5) (variant 2).

##### 1 Alternative 1 – Article 4(5) only<sup>25</sup>

23 According to this provision, judgments given by a court common to two or more States qualify as judgments for the purpose of the draft Convention if: i) the Contracting State has identified the common court in a declaration to that effect; and ii) certain conditions are met.

24 The first requirement means that judgments given by common courts do not automatically fall within the scope of the draft Convention: a positive declaration by the Contracting State(s) on behalf of which such a common court exercises jurisdiction is needed. This will provide clarity and transparency for other Contracting States.

25 Additionally, sub-paragraphs (a) and (b) of Article 4(5) clarify the application of the jurisdictional filters established by Articles 5 and 6 to judgments of common courts. Some of the filters in Articles 5 and 6 are based on links between a judgment and a specific Contracting State, *i.e.*, the State of origin, whereas common courts exercise jurisdiction on behalf of two or more States. The application of those filters does not give rise to difficulties when the common court performs an appellate function only, as the filter can be applied by reference to the first instance court in a Contracting State. The application of the filters also does not give rise to difficulties when all of the States on behalf of which the common court exercises first instance jurisdiction are Contracting States. But if only some of them are Contracting States, it may be clearer and more transparent

<sup>25</sup> A detailed and comprehensive analysis of the operation of Art. 4(5) is provided in the revised draft Explanatory Report, paras 125-138. For the sake of consistency, this Note duplicates the analysis.

transparent que l'application des critères de compétence soit soumise à des contrôles supplémentaires pour éviter ce que l'on appelle le « problème de l'État profiteur » : les parties en litige devant les tribunaux communs d'États non contractants peuvent demander à avoir accès au système prévu dans le projet de Convention. Les alinéas (a) et (b) prévoiraient ces contrôles et éviteraient le problème de « l'État profiteur ». Sans ces contrôles supplémentaires, les États parties à l'accord établissant le tribunal commun mais non Parties au projet de Convention pourraient bénéficier de la reconnaissance et de l'exécution des jugements en vertu du projet de Convention sans avoir à souscrire à ses obligations.

**26 Critères de compétence fondés sur le consentement : article 4(5)(a).** L'alinéa (a) règle les hypothèses dans lesquelles le critère de compétence est fondé sur le consentement et non sur un lien géographique avec le territoire de l'État d'origine : article 5(1)(c), jugements contre la personne qui a introduit la demande ; article 5(1)(e), consentement exprès du défendeur à la compétence du tribunal d'origine ; article 5(1)(f), le défendeur a fait valoir ses arguments sur le fond sans contester la compétence ; article 5(1)(l), jugements portant sur une demande reconventionnelle ; article 5(1)(m), accords non exclusifs d'élection de for<sup>26</sup>. À moins que tous les États membres du tribunal commun soient des États contractants, les jugements rendus par des tribunaux communs couverts par ces critères de compétence ne seront pas reconnus ou exécutés en vertu du projet de Convention parce qu'il n'est pas possible de les rattacher à un État en particulier.

**27 Critères de compétence fondés sur un facteur de rattachement géographique : article 4(5)(b).** L'alinéa (b) régit les hypothèses dans lesquelles le critère de compétence est un facteur de rattachement géographique, c'est-à-dire un lien particulier entre le litige et le territoire de l'État d'origine : article 5(1)(a) et (b), résidence habituelle ou principal établissement de la personne contre laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée ; article 5(1)(d), lieu d'une succursale, d'une agence ou d'un autre établissement du défendeur ; article 5(1)(g), lieu d'exécution d'une obligation contractuelle ; article 5(1)(h), situation d'un immeuble ; ou article 5(1)(j), lieu de survenue du dommage. Il en est de même en ce qui concerne les critères de compétence énoncés aux articles 5(3) et 6. Dans ces hypothèses, le projet de Convention impose que ces conditions soient satisfaites dans un État contractant dont la fonction judiciaire pour la matière en question est exercée par le tribunal commun qui rend le jugement. Cette exigence d'un rattachement à un État contractant implique qu'il n'est pas nécessaire, contrairement au cas de l'alinéa (a), que tous les États membres du tribunal commun soient des États contractants au projet de Convention.

**28 Exemple.** Supposons que les États X, Y et Z aient établi un tribunal commun. Les États X et Y sont Parties au projet de Convention et ont fait une déclaration en vertu de l'article 4(5) tandis que l'État Z n'est pas Partie au projet de Convention. Dans cette hypothèse, un jugement rendu par ce tribunal commun ne circulera pas en vertu du projet de Convention si le seul critère de compétence applicable est que le défendeur a fait valoir ses arguments sur le fond devant le tribunal commun sans contester la compétence (voir art. 5(1)(f)) ou que le défendeur avait sa résidence habituelle dans l'État Z. Inversement, ce jugement circulerait si le défendeur avait sa résidence habituelle dans l'État X

<sup>26</sup> Les co-Rapporteurs notent que l'alinéa (k) est également basé sur le consentement, mais qu'il n'est pas couvert par l'art. 4(5)(a). Il est vrai qu'il mentionne l'« État d'origine » mais lorsque les tribunaux communs ont compétence sur les questions de *trust*, la clause renverra habituellement à ces tribunaux communs et l'alinéa (k) doit être interprété en conséquence.

ou Y. Cela permet d'assurer que l'État Z ne tire aucun avantage du projet de Convention même s'il est membre du tribunal commun.

29 Inversement, l'intérêt du projet de Convention serait cependant réduit pour les États X et Y dans ce scénario. Par exemple, un jugement du tribunal commun siégeant dans l'État X, dans des circonstances où les parties au litige avaient convenu de la compétence non exclusive du tribunal commun siégeant dans l'État X, ou de la « compétence non exclusive des tribunaux de l'État X » (qui comprendrait le tribunal commun, pour les questions relevant de sa compétence), ne circulerait pas en vertu du projet de Convention.

**30 Droits de propriété intellectuelle.** L'application de l'article 4(5) aux critères de compétence énoncés aux articles 5(3) et 6(a) n'est pas aussi simple. Premièrement, il faut déterminer si le tribunal commun a compétence sur les droits de propriété intellectuelle nationaux ou sur les droits de propriété intellectuelle unitaires. Si le tribunal commun a compétence sur les droits de propriété intellectuelle nationaux, c'est-à-dire les droits délivrés, octroyés ou enregistrés pour chaque État membre, les conditions de l'article 4(5)(b) peuvent être remplies si le droit de propriété intellectuelle a été délivré pour le territoire d'un État qui est Partie au projet de Convention.

31 La question est plus complexe dans le cas de droits de propriété intellectuelle unitaires, c'est-à-dire lorsque le droit de propriété intellectuelle est délivré, octroyé ou enregistré pour l'ensemble du territoire des États pour le compte desquels ce tribunal commun exerce sa compétence. Concernant les jugements portant sur [l'enregistrement ou] la validité, tous ces États doivent être Parties au projet de Convention pour remplir les conditions énoncées à l'article 4(5)(b). En revanche, en ce qui concerne les jugements portant sur la contrefaçon, deux interprétations du projet de Convention sont possibles.

32 Une première interprétation est que le parallélisme entre [l'enregistrement ou] la validité et la contrefaçon implique qu'un droit de propriété intellectuelle unitaire est contrefait, non pas dans un État membre particulier, mais dans tous les États membres pour le compte desquels le tribunal commun exerce sa compétence, c'est-à-dire que toute contrefaçon de ce droit de propriété intellectuelle unitaire se produit dans tous les États. Dans ce cas, tous doivent être Parties au projet de Convention pour remplir la condition énoncée à l'article 4(5).

**33 Exemple.** S'il existe un tribunal commun aux États X, Y et Z, qui a compétence sur les droits de propriété intellectuelle unitaires délivrés ou accordés pour l'ensemble du territoire de ces trois États, les jugements portant sur la contrefaçon de ces droits rendus par ce tribunal commun ne rempliront les conditions énoncées à l'article 4(5)(b) que si ces trois États sont Parties au projet de Convention (et ont évidemment fait la déclaration correspondante).

34 La seconde interprétation possible est que les jugements portant sur [l'enregistrement ou] la validité et les jugements portant sur la contrefaçon doivent être traités différemment. Selon cette interprétation, les jugements portant sur la contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle unitaire rempliraient la condition énoncée à l'article 4(5)(b) s'il est possible de localiser la contrefaçon sur le territoire d'un État relevant du tribunal commun. Si cet État membre a ratifié le projet de Convention et fait la déclaration correspondante, la condition énoncée à l'article 4(5)(b) sera satisfaite, que les autres États membres aient ou non ratifié le projet de Convention.

for the application of the jurisdictional filters to be subject to additional controls to prevent the so-called “free rider problem”: that parties litigating before common courts in non-Contracting States may seek to access the draft Convention system. Sub-paragraphs (a) and (b) would provide these controls and prevent the problem. Without these additional controls, States which are party to the agreement establishing the common court, but not Party to the draft Convention, could benefit from the recognition and enforcement of judgments under the draft Convention without having to adhere to any of the obligations.

**26 Jurisdictional filters based on consent: Article 4(5)(a).** Sub-paragraph (a) deals with cases where the jurisdictional filter is based on consent rather than a geographical connection to the territory of the State of origin: Article 5(1)(c), judgments against the person that brought the claim; Article 5(1)(e), defendant’s express consent to the jurisdiction of the court of origin; Article 5(1)(f), the defendant argued on the merits without contesting jurisdiction; Article 5(1)(l), judgments on a counterclaim; and Article 5(1)(m) non-exclusive choice of court agreements.<sup>26</sup> Judgments of common courts covered by these jurisdictional filters will not be recognised or enforced under the draft Convention unless all of the State members of the common court are Contracting States because it is not possible to connect such judgments to a specific State.

**27 Jurisdictional filters based on a geographical connecting factor: Article 4(5)(b).** Sub-paragraph (b) deals with cases where the jurisdictional filter is based on a geographical connecting factor, *i.e.*, it is based on a particular link between the dispute and the territory of the State of origin: Article 5(1)(a) and (b), habitual residence or principal place of business of the person against whom recognition or enforcement is sought; Article 5(1)(d), location of a defendant’s branch, agency or other establishment; Article 5(1)(g), place of performance of a contractual obligation; Article 5(1)(h), situation of an immovable property; or Article 5(1)(j), place where a harm occurs. And the same holds with regard to the jurisdictional filters laid down by Articles 5(3) and 6. In these cases, the draft Convention requires that those eligibility requirements be met in a Contracting State whose judicial function in relation to the relevant matter is exercised by the common court that delivers the judgment. This requirement of a connection to a Contracting State means that it is not necessary, unlike under sub-paragraph (a), that all State members of the common court be Contracting States to the draft Convention.

**28 Example.** Suppose that there is a common court established by States X, Y and Z. States X and Y are Parties to the draft Convention and made a declaration under Article 4(5), but State Z has not become a Party to the draft Convention. In this case, a judgment given by that common court will not circulate under the draft Convention if the only applicable jurisdictional filter is that the defendant argued on the merits before the common court without contesting jurisdiction (see Art. 5(1)(f)) or that the defendant’s habitual residence was in State Z. Conversely, such a judgment will circulate if the defendant’s habitual residence was in State X

or Y. These outcomes ensure that State Z will not derive any benefit from the draft Convention even though State Z is a member of the common court.

**29** Conversely, however, the benefit of the draft Convention would be reduced for States X and Y in this scenario. For example, a judgment of the common court sitting in State X, in circumstances where the parties to the dispute had agreed to the non-exclusive jurisdiction of the common court sitting in State X, or to “the non-exclusive jurisdiction of the courts of State X” (which would include the common court, for matters within its jurisdiction), would not circulate under the draft Convention.

**30 Intellectual property rights.** The application of Article 4(5) to the jurisdictional filters laid down by Articles 5(3) and 6(a) is not as straightforward. First, it depends on whether the common court has jurisdiction over national and/or unitary intellectual property rights. If the common court has jurisdiction over national intellectual property rights, *i.e.*, rights granted or registered for each Member State, then the Article 4(5)(b) conditions may be met if the intellectual property right was granted for the territory of a State that is Party to the draft Convention.

**31** In the case of unitary intellectual property rights, *i.e.*, when the intellectual property right is granted or registered for the entire territory of the States on behalf of which that common court exercises jurisdiction, the question is more complex. As regards judgments on [registration or] validity, all of those States must be a Party to the draft Convention to meet the conditions laid down by Article 4(5)(b). But in relation to judgments on infringement, the draft Convention may be interpreted in two different ways.

**32** First, one interpretation is that the parallelism between [registration or] validity and infringement entails that a unitary intellectual property right is infringed not in a particular member State but in all member States on behalf of which the common court exercises jurisdiction, *i.e.*, any infringement of that unitary intellectual property right occurs in all of them. In such a case, all those States must be Party to the draft Convention to meet the condition laid down by Article 4(5).

**33 Example.** If there is a court common to States X, Y and Z, which has jurisdiction over unitary intellectual property rights granted for the entire territory of these three States, judgments on infringement of such rights given by the common court will only meet the requirements set out by Article 4(5)(b) if those three States are Parties to the draft Convention (and obviously made the corresponding declaration).

**34** Alternatively, it may be that judgments on [registration or] validity and judgments on infringement should be treated differently. Under this second interpretation, judgments on infringement of a unitary intellectual property right would meet the condition set out in Article 4(5)(b) if the infringement may be located in the territory of a particular member State(s) on behalf of which the common court exercises jurisdiction. If that member State has ratified the draft Convention and made the corresponding declaration, the condition laid down by Article 4(5)(b) would be satisfied, irrespective of whether the other member States have not.

---

<sup>26</sup> The *co-Rapporteurs* note that sub-para. (k) is also based on consent but is however not included in Art. 4(5)(a). It is true that it refers to the “State of origin” but when the common courts have jurisdiction on trusts matters, the clause will usually refer to those common courts and letter (k) should be interpreted accordingly.

35 **Exemple.** Supposons que les États X, Y et Z aient établi un tribunal commun qui a compétence sur les droits de propriété intellectuelle unitaires délivrés ou accordés pour l'ensemble de leur trois territoires. Seuls les États X et Y sont Parties au projet de Convention. Dans ce cas, les jugements portant sur la validité de ces droits de propriété intellectuelle ne circuleraient pas en vertu du projet de Convention. Inversement, les jugements portant sur la contrefaçon de ces droits circuleraient et rempliraient la condition énoncée à l'article 4(5)(b) si la contrefaçon s'est produite sur le territoire de l'État X ou Y, mais pas si elle s'est produite sur le territoire de l'État Z.

36 **Attributions de juridiction d'appel.** En principe, si les tribunaux communs n'exercent que des attributions de juridiction d'appel, le paragraphe 5 devrait s'appliquer sur la base de l'État contractant dans lequel la procédure en première instance a été introduite. Ainsi, si le tribunal de première instance où l'instance a été introduite était un tribunal d'un État contractant ayant fait la déclaration en vertu de l'article 4(5), les jugements rendus en appel par ce tribunal commun pourraient prétendre à la reconnaissance et à l'exécution en vertu du projet de Convention si l'une des deux conditions énoncées dans cette disposition est remplie<sup>27</sup>.

37 **Tribunaux communs en tant que tribunaux requis.** Les États contractants sont tenus de reconnaître et d'exécuter les jugements conformément au projet de Convention. Cette obligation n'est pas affectée lorsque la question de la reconnaissance se pose au cours d'une procédure devant un tribunal commun exerçant des fonctions judiciaires pour le compte d'un État contractant<sup>28</sup>. Il en va de même en ce qui concerne l'exécution, même si les questions d'exécution sont rarement appelées à se poser devant un tribunal commun<sup>29</sup>. Par conséquent, les tribunaux communs doivent mettre en œuvre le projet de Convention et reconnaître (et, si cela relève de leurs fonctions, exécuter) les jugements conformément à ses dispositions. Cette obligation subsiste indépendamment du fait que les États contractants pour le compte desquels les tribunaux communs exercent leur compétence aient fait ou non la déclaration prévue à l'article 4(5).

## 2 Alternative 2 - Article 4(5) et (6)<sup>30</sup>

38 **Introduction.** La formulation alternative de cette disposition conserve le texte du paragraphe 5 tout en ajoutant un paragraphe 6. Le paragraphe 6 reflète les préoccupations de certains États concernant l'obligation d'appliquer le projet de Convention aux jugements rendus par des tribunaux communs sur la seule base d'une déclaration de l'État d'origine. Le texte envisage deux approches, la première basée sur un système de refus (*opt-out*) et la seconde sur un système d'acceptation (*opt-in*).

39 **Système de refus (*opt-out* ou déclaration négative).** En vertu du système de refus, si l'État d'origine du jugement a fait une déclaration pour inclure les jugements rendus par des tribunaux communs dans le champ d'application du projet de Convention, tout autre État contractant

peut déclarer qu'il ne reconnaîtra ni n'exécutera ces jugements pour les matières couvertes par cette déclaration. Le refus peut être total ou restreint à certaines matières<sup>31</sup>.

40 Le principe de réciprocité implique que si un État contractant choisit le refus, l'État ou les États du tribunal commun peuvent refuser de reconnaître et d'exécuter des jugements rendus par les tribunaux de l'État qui a opté pour le refus pour les matières qui relèvent du champ d'application de la déclaration de cet État. Imaginons par exemple qu'il existe un tribunal commun aux États X et Y pour les questions de droits de propriété intellectuelle enregistrés. Ces deux États ont ratifié le projet de Convention et fait la déclaration envisagée à l'article 4(5). L'État Z a fait la déclaration négative envisagée à l'article 4(6). En vertu du principe de réciprocité, les États X et Y peuvent refuser de reconnaître et d'exécuter les jugements rendus par les tribunaux de l'État Z qui portent sur des droits de propriété intellectuelle enregistrés.

41 **Système d'acceptation (*opt-in* ou déclaration positive).** Le système d'acceptation repose sur des déclarations réciproques. La déclaration d'un État tendant à inclure les jugements rendus par ses tribunaux communs dans le champ d'application du projet de Convention n'aura d'effet qu'entre cet État et les États qui l'ont expressément acceptée. Les déclarations positives doivent être déposées auprès du Ministère des Affaires étrangères des Pays-Bas, lequel transmettra, par voie diplomatique, une copie certifiée à chacun des États contractants.

B *Traitement des jugements rendus par des tribunaux communs sans dispositions expresses dans le cadre du projet de Convention*

42 Cette sous-section traite de la reconnaissance et de l'exécution des jugements rendus par des tribunaux communs en l'absence de dispositions spécifiques telles que l'article 4(5) et (6) du projet de Convention. Elle ne vise pas à fournir une analyse de principe de la manière dont les jugements rendus par des tribunaux communs devraient être reconnus et exécutés, mais plutôt à esquisser les possibilités de sorte à aider les États à prendre une décision éclairée lors de la Session diplomatique.

43 Avant d'aborder l'analyse, il serait utile d'évoquer en quelques mots le traitement des jugements rendus par un tribunal commun en vertu de la Convention Élection de for de 2005. La Convention de 2005 ne contient pas de dispositions expresses sur les jugements rendus par les tribunaux communs. Contrairement aux négociations portant sur le projet de Convention, la question des tribunaux communs n'a pas été expressément abordée lors des négociations ayant porté sur la Convention de 2005. Malgré la nature complémentaire du projet de Convention et de la Convention de 2005, les critères de compétence relatifs à la reconnaissance et à l'exécution en vertu de chaque instrument sont fondamentalement différents, ce qui peut conduire à un traitement différent des jugements rendus par les tribunaux communs. En vertu de la Convention de 2005, le critère de compétence pour la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers est l'accord exclusif d'élection de for par les parties<sup>32</sup>, alors que dans le cadre du projet de Conven-

<sup>27</sup> Les co-Rapporteurs invitent à réfléchir à la question suivante : le texte du projet de Convention ne prévoit pas de règle différente pour les tribunaux qui exercent exclusivement des attributions de juridiction d'appel. En conséquence, l'une des deux conditions de l'art. 4(5) doit être remplie pour que ces jugements circulent, même si ces limites de compétence ne se justifient pas lorsque le jugement de première instance émane d'un État contractant qui a fait une déclaration relative au tribunal d'appel commun.

<sup>28</sup> Voir aussi Doc. trav. No 254 (*op. cit.* note 10), para. 13 et 14.

<sup>29</sup> En particulier, les mesures d'exécution sont en général strictement territoriales et ont toutes chances de rester soumises à la compétence exclusive des différents États.

<sup>30</sup> Une analyse détaillée et complète sur le fonctionnement de l'art. 4(5) et (6) figure dans le Rapport explicatif préliminaire révisé, para. 139 à 142. Par souci de cohérence, la présente Note reprend l'analyse.

<sup>31</sup> Les co-Rapporteurs invitent à réfléchir à la question suivante : le texte n'indique pas clairement si un État contractant peut faire une déclaration pour exclure seulement la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus par un tribunal exerçant exclusivement les attributions d'une juridiction d'appel, lorsque le jugement de première instance rendu par un tribunal d'un État contractant est susceptible d'être reconnu et exécuté en vertu du projet de Convention.

<sup>32</sup> Art. 8 et 9 de la Convention Élection de for de 2005.

35 **Example.** Suppose that there is a court common to States X, Y and Z, which has jurisdiction over unitary intellectual property rights granted for the entire territory of those three States. Only States X and Y are Parties to the draft Convention. In this case, judgments on validity of those intellectual property rights would not circulate under the draft Convention. Conversely, judgments on infringement of such rights would circulate and meet the condition laid down by Article 4(5)(b) if the infringement occurred in the territory of State X or Y, but not if it occurred in the territory of State Z.

36 **Appellate functions.** As a matter of principle, if the common courts only have appellate functions, paragraph 5 should apply based on the Contracting State where the proceedings at first instance were instituted. Thus, if the first instance court where the proceedings were instituted was a court of a Contracting State that had made the declaration under Article 4(5), appeal judgments from that common court would be entitled to recognition and enforcement under the draft Convention if either of the two conditions set out by this provision are met.<sup>27</sup>

37 **Common courts as requested courts.** Contracting States are obliged to recognise and enforce judgments in accordance with the draft Convention. This obligation is not affected when the question of recognition arises in proceedings before a common court performing judicial functions on behalf of a Contracting State.<sup>28</sup> The same is true for enforcement, though it will be rare for questions of enforcement to arise before a common court.<sup>29</sup> Therefore, common courts must implement the draft Convention and recognise (and, if relevant to their functions, enforce) judgments in accordance with its provisions. This obligation exists irrespective of whether the Contracting States on behalf of which the common courts exercise jurisdiction have made the declaration envisaged by Article 4(5).

## 2 Alternative 2 – Article 4(5) and (6)<sup>30</sup>

38 **Introduction.** The alternative formulation of this provision maintains paragraph 5 in the same terms but includes an additional paragraph 6. Paragraph 6 reflects some States' concerns about being obliged to apply the draft Convention to judgments given by common courts based only on a declaration of the State of origin. The text envisages two possible approaches, the first one based on an opting-out system and the second on an opting-in system.

39 **Opting-out system (negative declaration).** Under the opting-out system, if the State of origin of the judgment has made a declaration to include judgments given by common courts within the scope of the draft Convention, any other

Contracting State may declare that it shall not recognise or enforce such judgments in respect of any of the matters covered by that declaration. The opting-out may be comprehensive or focused on specific matters.<sup>31</sup>

40 The principle of reciprocity entails that if a Contracting State opts out, the State(s) of the relevant common court may refuse recognition and enforcement of judgments given by the courts of the State which opted out on matters that fall within the scope of that State's declaration. For example, imagine there is a court common to States X and Y in respect of registered intellectual property right matters. Both States have ratified the draft Convention and made the declaration envisaged by Article 4(5). State Z, in turn, has made the negative declaration envisaged by Article 4(6). Under the reciprocity principle, States X and Y may refuse recognition and enforcement of judgments given by the courts of State Z on registered intellectual property rights.

41 **Opting-in system (positive declaration).** The opting-in system is based on reciprocal declarations. A State's declaration to include judgments given by its common courts within the scope of the draft Convention will only have effect between that State and other States that have expressly accepted that declaration. Positive declarations must be deposited at the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands, which will forward a certified copy to each of the Contracting States through diplomatic channels.

### B Treatment of common court judgments without express provisions under the draft Convention

42 This sub-section discusses the recognition and enforcement of common court judgments in the absence of specific provisions like Article 4(5) and (6) of the draft Convention. It does not purport to provide a principled analysis of the way in which common court judgments ought to be recognised and enforced but, rather, it is intended to sketch the possibilities helping States make an informed decision at the Diplomatic Session.

43 In advance of these discussions, it would be useful to briefly note the treatment of common court judgments under the 2005 Choice of Court Convention. The 2005 Convention does not contain express provisions on common court judgments. Unlike the negotiations for the draft Convention, the negotiations for the 2005 Convention did not expressly address the common courts issue. In spite of the complementary nature of the draft Convention and the 2005 Convention, the jurisdictional bases for recognition and enforcement under each instrument are fundamentally different and this may result in the different treatment of common court judgments. Under the 2005 Convention, the jurisdictional basis for recognising and enforcing foreign judgments is the exclusive choice of court by the parties,<sup>32</sup> whereas for the draft Convention, the jurisdictional grounds

<sup>27</sup> The *co-Rapporteurs* invite consideration of the following issue: the text of the draft Convention does not provide a different rule for courts that exercise exclusively appellate functions. As a result, one of the two conditions in Art. 4(5) must be met for such judgments to circulate even though the rationale for these jurisdictional limitations is not present where the first-instance judgment comes from a Contracting State that has made a declaration regarding the common appellate court.

<sup>28</sup> See also Work. Doc. No 254 (*op. cit.* note 10), paras 13-14.

<sup>29</sup> In particular, execution measures are usually strictly territorial and most likely to remain within the exclusive jurisdiction of individual States.

<sup>30</sup> A detailed and comprehensive analysis of the operation of Art. 4(5) and (6) is provided in the revised draft Explanatory Report, paras 139-142. For the sake of consistency, this Note duplicates the analysis.

<sup>31</sup> The *co-Rapporteurs* invite consideration of the following issue: it is not clear from the text whether a Contracting State may make a declaration to only exclude the recognition and enforcement of judgments given by a court with a purely appellate function, in circumstances where the first instance judgment from a court of a Contracting State qualifies for recognition and enforcement under the draft Convention.

<sup>32</sup> Arts 8 and 9 of the 2005 Choice of Court Convention.

tion, les critères de compétence pour la reconnaissance et l'exécution sont indirectes et diffèrent selon l'objet du litige. En tant que tel, le mécanisme d'exécution en vertu de la Convention de 2005 intervient dans des circonstances relativement plus restreintes. L'analyse des tribunaux communs en vertu du projet de Convention ne s'appliquerait pas nécessairement à une analyse des tribunaux communs dans le contexte de la Convention de 2005.

44 En supposant que le projet de Convention ne contienne aucune disposition expresse sur les tribunaux communs, le tribunal requis devrait se fonder sur les autres dispositions du projet de Convention pour déterminer si et comment les jugements rendus par des tribunaux communs circuleraient.

45 L'article 3(1) du projet de Convention définit un jugement comme « toute décision sur le fond rendue par un tribunal, quelle que soit [sa] dénomination [...] ». Ainsi, pour qu'un jugement rendu par un tribunal commun puisse circuler, il doit remplir deux conditions : il doit être i) une « décision sur le fond » et ii) « rendue par un tribunal »<sup>33</sup>. La première condition ne constitue pas l'objet de la présente Note. En ce qui concerne la deuxième condition, « rendue par un tribunal », le Rapport explicatif préliminaire révisé explique que le terme « tribunal » doit, en principe, être interprété de façon autonome comme désignant les autorités ou organes qui font partie de la branche judiciaire d'un État et qui exercent des fonctions juridictionnelles<sup>34</sup>. Les tribunaux communs auxquels les États ont transféré ou délégué leur pouvoir judiciaire (qu'il soit exercé exclusivement par les tribunaux nationaux ou concurremment avec eux) sont considérés comme faisant partie du pouvoir judiciaire des États concernés. Il est donc probable qu'ils pourraient être qualifiés de « tribunal » par une interprétation autonome en vertu du projet de Convention.

46 Une autre question importante pour la circulation des jugements rendus par des tribunaux communs est la nécessité d'identifier un « État d'origine » auquel la décision peut être liée. L'« État d'origine », qui est un concept utilisé tout au long du projet de Convention, permet de reconnaître et d'exécuter « un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant (État d'origine) » conformément à un critère de compétence indirecte. Certains de ces « critères de compétence » (figurant aux art. 5 et 6) sont également fondés sur des liens géographiques avec le territoire de l'État d'origine (par ex. art. 5(1)(a), ayant sa résidence habituelle dans l'État d'origine ; art. 5(1)(b), principal établissement dans l'État d'origine). En outre, l'« État d'origine » est également important en ce sens que la loi de cet État détermine la validité du jugement : « Un jugement n'est reconnu que s'il produit ses effets dans l'État d'origine et n'est exécuté que s'il est exécutoire dans l'État d'origine. »<sup>35</sup> Étant donné qu'un tribunal commun exerce une compétence qui lui a été transférée ou déléguée par plusieurs États, la Session diplomatique devra peut-être examiner lesquels, et par quels moyens, des jugements rendus par un tribunal commun revêtiraient l'identité d'un « État d'origine » en vertu du projet de Convention en l'absence de dispositions spécifiques.

47 En vue de faciliter les discussions lors de la Session diplomatique s'agissant des questions potentielles, la présente Note propose six scénarios dans lesquels ces questions sont en jeu. Tout au long de ce processus, il convient d'examiner si la circulation des jugements rendus par un tribunal commun devraient différer selon que i) tous les

États relevant du tribunal commun sont Parties au projet de Convention ; et ii) les jugements rendus par un tribunal commun sont rendus en appel (d'une juridiction nationale, ou de sa propre section de première instance) ou en première instance.

48 Cette analyse commencera par l'examen de la reconnaissance et de l'exécution des jugements *d'appel* rendus par les tribunaux communs, avant de se pencher sur la reconnaissance et l'exécution des jugements *de première instance* rendus par les tribunaux communs. Les scénarios 1 et 2 examineront le caractère exécutoire des jugements des tribunaux communs rendus en appel par les tribunaux nationaux tandis que les scénarios 3 et 4 examineront les jugements rendus en appel par les tribunaux communs concernant une décision rendue en première instance par ces mêmes tribunaux. Enfin, les scénarios 5 et 6 examineront le caractère exécutoire des jugements rendus par les tribunaux communs en première instance.

49 *Jugements de tribunaux communs rendus en appel* : Tous les tribunaux communs énumérés à l'annexe I exercent des attributions d'une juridiction d'appel. Le tribunal commun peut exercer sa compétence d'appel sur une décision rendue par un tribunal national (scénarios 1 et 2) ou sur une décision rendue en première instance par sa propre section (scénarios 3 et 4).

50 **Scénario 1.** Supposons que les États X, Y et Z aient établi un tribunal commun. Les États X, Y et Z sont Parties au projet de Convention. Le tribunal commun ne connaît que des affaires portées en appel devant les tribunaux nationaux des États X, Y ou Z. Une décision en appel rendue par le tribunal commun doit être exécutée dans l'État R, également Partie au projet de Convention. Le jugement rendu en appel concernait une affaire de l'État X.

51 Lorsque la décision rendue par le tribunal commun est un appel d'une juridiction nationale, et si tous les États du tribunal commun sont des États contractants au projet de Convention, il semble acceptable d'attribuer la « nationalité » du tribunal de première instance au jugement rendu en appel par le tribunal commun. En raison du fait que l'État a transféré ses fonctions de juridiction d'appel au tribunal commun, le tribunal commun pourrait alors être considéré comme un tribunal de l'État contractant en vertu de l'article 4(1) du projet de Convention.

52 Si tel est le cas, les références à l'« État d'origine » mentionné aux articles 5 et 6 doivent être interprétées comme se référant à l'État dans lequel l'affaire a été entendue en première instance, avant d'être entendue en appel devant le tribunal commun. Le siège du tribunal commun, qu'il se trouve ou non dans un État contractant au projet de Convention ou dans un État contractant autre que l'État du tribunal de première instance, est sans incidence à cet égard.

53 Si l'analyse ci-dessus reflète une interprétation appropriée, la question est alors de savoir si le recours d'un tribunal national d'un État relevant du tribunal commun qui n'est pas devenu Partie au projet de Convention (scénario 2) devrait circuler en vertu du projet de Convention de la même manière que le recours d'un tribunal national d'un État contractant (scénario 1).

54 **Scénario 2.** Supposons que les États X, Y et Z aient établi un tribunal commun. Les États X et Y sont Parties au projet de Convention tandis que l'État Z ne l'est pas. Le tribunal commun ne connaît que des affaires portées en appel devant les tribunaux nationaux des États X, Y ou Z. Une décision en appel rendue par le tribunal commun doit

<sup>33</sup> Rapport explicatif préliminaire révisé, para. 82.

<sup>34</sup> *Ibid.*, para 89.

<sup>35</sup> Art. 4(3) du projet de Convention.

for recognition and enforcement are indirect and differ depending on the subject matter of the dispute. As such, the enforcement mechanism under the 2005 Convention occurs in comparatively narrower circumstances. The analysis of common courts under the draft Convention would not necessarily apply in an analysis of the common courts in the context of the 2005 Convention.

44 Assuming that the draft Convention does not contain any express provisions on common courts, the court addressed would need to rely on the remaining provisions of the draft Convention to determine whether and how common court judgments would circulate.

45 Article 3(1) of the draft Convention defines a judgment as “any decision on the merits given by a court, whatever that decision may be called [...]”. Thus, for a common court judgment to circulate, it should fulfil two requirements: it must be i) a “decision on the merits” and ii) “given by a court”.<sup>33</sup> The first requirement is not the focus of this Note. As to the second requirement – “given by a court” – the revised draft Explanatory Report explains that the term “court” must be, in principle, interpreted autonomously as referring to authorities or bodies that are part of the judicial branch of a State and which exercise judicial functions.<sup>34</sup> Common courts to which States have transferred or delegated their judicial power (whether it be exercised exclusively from, or concurrently with, national courts) are treated as part of the judicial branch of each of the relevant States. It is likely that they could therefore qualify as a “court” through an autonomous interpretation under the draft Convention.

46 Another important issue for the circulation of common court judgments is the need to identify a “State of origin” with which the decision can be connected. The “State of origin”, which is a concept used throughout the draft Convention, enables “a judgment given by a court of a Contracting State (State of origin)” to be recognised and enforced in accordance with an indirect jurisdictional base. Some of these “jurisdictional filters” (contained in Arts 5 and 6) are also premised on geographical connections with the territory of the State of origin (e.g., Art. 5(1)(a), habitually resident in the State of origin; Art. 5(1)(b), principal place of business in the State of origin). In addition, the “State of origin” is also important in the sense that the law of that State determines the validity of the judgment: “A judgment shall be recognised only if it has effect in the State of origin, and shall be enforced only if it is enforceable in the State of origin.”<sup>35</sup> Given that a common court exercises jurisdiction transferred or delegated to it by multiple States, the Diplomatic Session may need to consider which, and by what means, common court judgments would take on the identity of a “State of origin” under the draft Convention in the absence of specific provisions.

47 In order to assist the Diplomatic Session’s discussion of the potential issues, this Note provides six scenarios where these issues are at play. Throughout, one should consider whether the circulation of common court judgments ought to differ depending on whether i) all States to the

common court have joined the draft Convention; and ii) the common court judgments are delivered on appeal (from a national court, or from its own trial division) or at first instance.

48 The discussion will start by examining the recognition and enforcement of *appellate* judgments of common courts, before turning to consider the recognition and enforcement of common court judgments of *first instance*. Scenarios 1 and 2 will consider the enforceability of common court decisions on appeal from national courts, whereas Scenarios 3 and 4 will consider common courts’ appellate decisions with respect to a decision of their own trial division. Finally, Scenarios 5 and 6 will consider the enforceability of common court judgments of first instance.

49 *Appeal common court judgments*: All common courts identified in Annex I have appellate functions. The common court may exercise its appellate jurisdiction over a decision of a national court (Scenarios 1 and 2), or over a decision of the common court’s own trial division (Scenarios 3 and 4).

50 **Scenario 1.** Suppose that there is a common court established by States X, Y and Z. States X, Y and Z are also Parties to the draft Convention. The common court only hears cases on appeal from the national courts of State X, Y or Z. An appellate decision of the common court is sought to be enforced in State R, also a Party to the draft Convention. The appeal judgment concerned a case from State X.

51 Where the common court decision is an appeal from a national court, and if all the common court States are Contracting States to the draft Convention, it seems acceptable to attribute the “nationality” of the court at first instance to the appeal judgment of the common court. Because the State has transferred its appeal functions to the common court, the common court could then be considered as a court of the Contracting State under Article 4(1) of the draft Convention.

52 If this is the understanding, the references to “State of origin” in Articles 5 and 6 should be interpreted as referring to the State in which the matter was heard at first instance, before it was heard on appeal in the common court. Actual location of the common court, be it in a Contracting State to the draft Convention or not, or in a Contracting State other than the State of the court of first instance, is not relevant in this regard.

53 Should the above analysis reflect an appropriate interpretation, the issue then becomes whether an appeal from the national court of a common court State that has not become a Contracting State to the draft Convention (Scenario 2) should circulate under the draft Convention in the same way that an appeal from a national court of a Contracting State would circulate (Scenario 1).

54 **Scenario 2.** Suppose that there is a common court established by States X, Y and Z. States X and Y are also Parties to the draft Convention, however State Z is not. The common court only hears cases on appeal from the national courts of State X, Y or Z. An appellate decision of the com-

<sup>33</sup> Revised draft Explanatory Report, para. 82.

<sup>34</sup> *Ibid.*, para. 89.

<sup>35</sup> Art. 4(3) of the draft Convention.

être exécutée dans l'État R, également Partie au projet de Convention. Le jugement rendu en appel concernait une affaire de l'État Z.

55 Suivant l'approche du scénario 1, puisque l'État Z a transféré ses attributions de juridiction d'appel au tribunal commun, celui-ci fait partie du système judiciaire de l'État Z et devrait être considéré comme un tribunal de l'État Z. Par conséquent, le jugement rendu en appel par le tribunal commun ne serait pas autorisé à circuler selon le projet de Convention car l'État Z n'est pas un État contractant au projet de Convention.

56 La présente Note se penche maintenant sur les jugements rendus en appel par les tribunaux communs qui statuent sur des questions également entendues par le tribunal commun en première instance. Il convient de distinguer deux scénarios : lorsque tous les États relevant du tribunal commun sont également des États contractants au projet de Convention (scénario 3) et lorsque tous les États relevant du tribunal commun ne sont pas tous des États contractants au projet de Convention (scénario 4).

57 **Scénario 3.** Supposons que les États X, Y et Z aient établi un tribunal commun. Tous les États sont Parties au projet de Convention. Le tribunal commun connaît une affaire portée en première instance, puis en appel. La décision rendue en appel par le tribunal commun doit être exécutée dans l'État R, également Partie au projet de Convention.

58 Dans ce scénario, ainsi que dans les scénarios 4, 5 et 6, la difficulté tient à la nécessité pour le tribunal requis d'attribuer un « État d'origine » au jugement rendu par le tribunal commun. Contrairement aux scénarios 1 et 2, il n'est pas possible de choisir un « État d'origine » à partir de la « nationalité » du tribunal de première instance.

59 À cet égard, le tribunal requis pourrait déterminer l'« État d'origine » par référence à l'État le plus étroitement lié à la demande sous-jacente qui a été portée devant le tribunal commun. Par exemple, si le jugement d'appel rendu par le tribunal commun a statué sur un bail immobilier situé dans l'État X, alors l'État X pourrait être considéré comme l'État d'origine. Il s'agit de l'approche implicite de l'article 4(5)(b) du projet de Convention. S'il existe des liens avec d'autres États, il peut y avoir plusieurs « États d'origine ». Par exemple, le défendeur peut également avoir eu sa résidence habituelle dans l'État Y, de sorte que l'État Y pourrait également être considéré comme l'État d'origine<sup>36</sup>. Mais dans ce scénario, chacun des États d'origine potentiels est un État contractant au projet de Convention, de sorte que la question a une importance limitée.

60 **Scénario 4.** Supposons que les États X, Y et Z aient établi un tribunal commun. Les États X et Y sont Parties au projet de Convention tandis que l'État Z ne l'est pas. Le tribunal commun connaît une affaire portée en première instance, puis en appel. La décision rendue en appel doit être exécutée dans l'État R, également Partie au projet de Convention.

61 Les mêmes difficultés concernant l'identification d'un « État d'origine » pour le jugement d'appel rendu par le tribunal commun se posent ici comme dans le scénario 3. En outre, dans le présent scénario et dans le scénario 6, le tribunal requis serait confronté à une éventuelle question d'« État profiteur » : le jugement rendu par un tribunal commun reflète l'exercice d'une compétence qui lui est par-

tiellement transférée par l'État Z, qui n'est pas un État contractant au projet de Convention ; si le jugement rendu par un tribunal commun pouvait circuler, l'État Z pourrait être considéré comme bénéficiant d'un avantage sans être devenu Partie au projet de Convention, ce qui serait « profiter » du consentement des États X et Y à être liés par le projet de Convention. La circulation de ces jugements entraverait le fonctionnement du projet de Convention, qui ne s'applique qu'entre ses États contractants. Toutefois, l'approche implicite de l'article 4(5)(b), qui se concentre sur l'existence d'un lien pertinent avec un autre État contractant, semble éviter cette question d'« État profiteur ».

62 La présente Note porte à présent sur l'exécution des jugements rendus par un tribunal commun de première instance (scénarios 5 et 6). Il est important de noter que l'analyse des paragraphes 58, 59 et 61 s'applique également à celle-ci. Les scénarios se distinguent selon que tous les États relevant du tribunal commun sont des États contractants au projet de Convention (scénario 5) ou que les États relevant du tribunal commun ne sont pas tous des États contractants au projet de Convention (scénario 6).

63 **Scénario 5.** Supposons que les États X, Y et Z aient établi un tribunal commun. Les États X, Y et Z sont Parties au projet de Convention. La décision rendue en première instance par le tribunal commun doit être exécutée dans l'État R, également Partie au projet de Convention.

64 Il semble acceptable que le jugement rendu par un tribunal commun puisse circuler en vertu du projet de Convention (voir scénario 3). Toutefois, il s'agit là encore de la nécessité pour le tribunal requis de déterminer un « État d'origine » pour reconnaître et exécuter le jugement rendu par le tribunal commun. À cet égard, le tribunal requis pourrait identifier l'État d'origine selon la compétence avec laquelle la relation juridique ou la demande sous-jacente présente le lien le plus étroit. Par exemple, si la décision statuait sur un bail immobilier situé dans l'État X, alors l'État X pourrait être considéré comme l'État d'origine. Comme indiqué plus haut, il s'agit de l'approche implicite de l'article 4(5)(b).

65 **Scénario 6.** Supposons que les États X, Y et Z aient établi un tribunal commun. Les États X et Y sont Parties au projet de Convention tandis que l'État Z ne l'est pas. Une décision rendue en première instance par le tribunal commun doit être exécutée dans l'État R, également Partie au projet de Convention.

66 Là encore, le tribunal requis pourrait être confronté au problème de l'« État profiteur » (une analyse similaire se trouve au para. 61, *supra*). Un mécanisme (tel que celui de l'art. 4(5)(b)) serait nécessaire pour assurer un lien approprié avec l'État X ou l'État Y, afin d'éviter ce problème d'« État profiteur ».

## V POINTS NÉCESSITANT UNE RÉFLEXION ET DES DISCUSSIONS PLUS APPROFONDIES

67 La clarification et la transparence de ce que sont les tribunaux communs et de leur mode de fonctionnement, ainsi que la question de la réciprocité, sont deux points qui doivent être examinés. En termes de clarification et de transparence en ce qui concerne les tribunaux communs, un État contractant devrait être en mesure de déterminer quels tribunaux exerçant des compétences au nom d'un autre État contractant peuvent rendre des jugements qui relèvent du projet de Convention, y compris les tribunaux communs concernés. La position à l'égard d'un tribunal commun ne

<sup>36</sup> Art. 5(1)(a) du projet de Convention.



mon court is sought to be enforced in State R, also a Party to the draft Convention. The appeal judgment concerned a case from State Z.

55 Following the approach in Scenario 1, since State Z has transferred its appeal function to the common court, the common court forms part of the judicial system of State Z, and it should be considered a court of State Z. Therefore, the appellate judgment of the common court would not be permitted to circulate under the draft Convention, because State Z is not a Contracting State to the draft Convention.

56 This Note now turns to consider the appellate judgments of common courts that dispose of matters also heard by the common court at first instance. Two scenarios need to be distinguished: where all common court States are also Contracting States to the draft Convention (Scenario 3) and where not all common court States are Contracting States to the draft Convention (Scenario 4).

57 **Scenario 3.** Suppose that there is a common court established by States X, Y and Z. They are also Parties to the draft Convention. The common court has heard a matter at first instance, and then on appeal. The appellate decision of the common court is sought to be enforced in State R, which is also a Party to the draft Convention.

58 In this scenario, as well as Scenarios 4, 5 and 6, the difficulty arises from the need for the court addressed to attribute a “State of origin” to the common court judgment. Unlike in Scenarios 1 and 2, it is not possible to select a “State of origin” from the “nationality” of the court of first instance.

59 In this respect, the court addressed could determine the “State of origin” by reference to the State most closely connected to the underlying claim that was before the common court. For example, if the common court appeal judgment ruled on a tenancy of immovable property that was situated in State X, then State X could be considered as the State of origin. This is the approach implicit in Article 4(5)(b) of the draft Convention. If there are connections to different States, there could be several “States of origin”. For example, the defendant may also have had his or her habitual residence in State Y, such that State Y could also be considered as the State of origin.<sup>36</sup> But in this scenario, each of the potential States of origin is a Contracting State to the draft Convention so the issue is of limited significance.

60 **Scenario 4.** Suppose that there is a common court established by States X, Y and Z. States X and Y are Parties to the draft Convention, however State Z is not. The common court has heard a matter at first instance, and then on appeal. The appellate decision is sought to be enforced in State R, which is also a Party to the draft Convention.

61 The same difficulties concerning the identification of a “State of origin” for the common court appeal judgment arise here as in Scenario 3. Additionally, in this Scenario and in Scenario 6, the court addressed would face a possible “free-riding” issue: the judgment delivered by a common court reflects the exercise of jurisdiction that is partly

transferred to it by State Z, which is not a Contracting State to the draft Convention; if the common court judgment were permitted to circulate, State Z might be seen to accrue a benefit without having contracted to the draft Convention, thus “free-riding” on the consent of States X and Y to be bound by the draft Convention. The circulation of such judgments would frustrate the operation of the draft Convention, which applies only among its Contracting States. However, the approach implicit in Article 4(5)(b), which focuses on the existence of a relevant connection with another Contracting State, would appear to avoid this free-riding issue.

62 This Note now turns to consider the enforcement of common court judgments of first instance (Scenarios 5 and 6). Importantly, the analysis in paragraphs 58, 59 and 61 also applies to this discussion. The Scenarios are distinguished according to whether all common court States are Contracting States to the draft Convention (Scenario 5) or whether not all of the common court States are Contracting States to the draft Convention (Scenario 6).

63 **Scenario 5.** Suppose that there is a common court established by States X, Y and Z. States X, Y and Z are also Parties to the draft Convention. The common court’s decision at first instance is sought to be enforced in State R, also a Party to the draft Convention.

64 It seems acceptable that the common court judgment could circulate under the draft Convention (see Scenario 3). However, the issue again is the necessity for the court addressed to determine a “State of origin” by which to recognise and enforce the common court judgment. In this respect, the court addressed could identify the State of origin according to the jurisdiction with which the legal relationship or the underlying claim shares the closest connection. For example, if the decision ruled on a tenancy of immovable property that was situated in State X, State X could be considered as the State of origin. As noted above, this is the approach implicit in Article 4(5)(b).

65 **Scenario 6.** Suppose that there is a common court established by States X, Y and Z. States X and Y are Parties to the draft Convention, however State Z is not. A decision of the common court at first instance is sought to be enforced in State R, also a Party to the draft Convention.

66 Again, the court addressed could encounter the “free-riding” problem (similar discussion can be found in para. 61, *supra*). A mechanism (such as Art. 4(5)(b)) would be needed to ensure an appropriate connection with State X or State Y, to avoid this free-riding problem.

## V ISSUES REQUIRING FURTHER REFLECTION AND DISCUSSION

67 Clarity and transparency of what common courts are and how they function, as well as the issue of reciprocity, are two issues which require consideration. In terms of clarity and transparency of common courts, a Contracting State should be able to ascertain which courts exercising jurisdiction on behalf of another Contracting State may render judgments that come within the draft Convention, including any relevant common courts. The position in relation to a

<sup>36</sup> Art. 5(1)(a) of the draft Convention.

devrait pas être moins transparente ou moins claire que celle à l'égard des autres tribunaux concernés. Un État contractant bénéficierait également d'une clarification quant aux critères à appliquer par son tribunal national afin de déterminer s'il convient de reconnaître et d'exécuter des jugements rendus par des tribunaux communs.

68 L'examen du traitement réciproque dans le contexte des tribunaux communs en vertu du projet de Convention est une autre question importante. Un tribunal commun d'un État qui est un État contractant au projet de Convention peut s'attendre à ce que les jugements rendus par ce tribunal circulent en vertu du projet de Convention du fait que ce tribunal commun a exercé le pouvoir judiciaire délégué par cet État. De ce point de vue, il peut proposer que le tribunal commun soit traité comme son propre tribunal national aux fins de la reconnaissance et de l'exécution réciproques en vertu du projet de Convention. Toutefois, si l'État se voit refuser la réciprocité de traitement à l'égard des jugements rendus par le tribunal commun, cela peut créer un déséquilibre dans le fonctionnement du projet de Convention pour l'État : certains jugements – rendus par les tribunaux nationaux – pourraient circuler tandis que d'autres – rendus par les tribunaux communs (l'État n'ayant plus compétence pour juger) – ne pourraient pas circuler.

69 Sur la base de ces considérations, deux grandes options concernant le traitement des jugements rendus par des tribunaux communs peuvent être soumises à la discussion : 1) s'il y a lieu de poursuivre sans aborder expressément le traitement des jugements rendus par les tribunaux communs dans le projet de Convention ou 2) s'il y a lieu d'aborder expressément la question dans le cadre du projet de Convention. Chaque option comporte différentes sous-options. Par exemple, si l'option 1 (aucune disposition expresse relative aux tribunaux communs) est adoptée, la manière dont l'instrument est censé s'appliquer aux tribunaux communs pourrait être traitée dans le Rapport explicatif. Si l'option 2 (disposition expresse relative aux tribunaux communs) est adoptée, une disposition détaillée dans le sens de l'article 4(5) et (6) pourrait être incluse, et accompagnée également d'une explication dans le Rapport explicatif. Ces questions devront faire l'objet d'une réflexion et de discussions plus approfondies lors de la Session diplomatique.

*Option 1 : Ne pas se référer expressément aux jugements rendus par les tribunaux communs dans le projet de Convention*

70 Cette option exigerait que le tribunal requis détermine si ces jugements entrent dans le champ d'application du projet de Convention et peuvent donc être reconnus et exécutés, en particulier pour les tribunaux communs établis à l'avenir. Tout en notant que le tribunal requis devrait interpréter cette question de manière uniforme (art. 21 du projet de Convention), il semble probable que les tribunaux requis pourraient encore avoir des pratiques différentes : certains pourraient considérer un jugement rendu par un tribunal commun comme étant couvert par le projet de Convention, et donc tenter de le reconnaître ou de l'exécuter, tandis que d'autres pourraient parvenir à une conclusion différente et ne pas le reconnaître. Cela pourrait alors conduire à une interprétation et à un fonctionnement incohérents du projet de Convention. Inclure les jugements rendus par les tribunaux communs dans le projet de Convention permettrait d'éviter ce problème. Alternativement, l'application du projet de Convention aux tribunaux communs pourrait être abordée dans le Rapport explicatif afin de guider l'interprétation et le fonctionnement uniformes du projet de Convention.

*Option 2 : Inclure expressément les jugements rendus par les tribunaux communs dans le projet de Convention*

71 Des dispositions expresses concernant les jugements rendus par les tribunaux communs pourraient clarifier le projet de Convention 1) en identifiant les tribunaux communs qui sont régis, 2) en clarifiant les critères de compétence à travers lesquels le jugement peut être reconnu, et 3) en permettant aux tribunaux de déclarer quels jugements rendus par des tribunaux communs ils acceptent ou non.

72 Un inconvénient peut être que les dispositions du projet de Convention deviennent rapidement obsolètes ou moins pertinentes en raison de la nature évolutive des tribunaux communs, en particulier pour ceux qui seront créés à l'avenir et que les dispositions du projet de Convention pourraient ne pas être suffisantes ou claires.

73 Étant donné que cette Note a déjà mentionné la nature complémentaire du projet de Convention et de la Convention Élection de for de 2005, il peut être nécessaire d'expliquer dans le Rapport explicatif, quelle que soit l'approche adoptée, si le projet de Convention s'écarte de la Convention de 2005, et le cas échéant, d'en expliquer les tenants et aboutissants. En particulier, la question de savoir si le fait de traiter la question des tribunaux communs dans le cadre du projet de Convention implique une interprétation différente de la Convention de 2005 à cet égard.

74 Si cette option est retenue, la Session diplomatique pourrait envisager ce qui suit :

– Comment peut-on promouvoir la transparence et la clarté si les jugements rendus par un tribunal commun sont inclus dans le projet de Convention ?

75 L'article 4(5) du projet de Convention répond au souci de transparence en exigeant des États contractants qu'ils identifient positivement les tribunaux communs qui peuvent être considérés comme un tribunal de cet État contractant (pour faciliter la discussion, une « déclaration de transparence »). L'indication d'éléments détaillés dans la déclaration de transparence peut aider les États contractants qui ne sont pas parties au tribunal commun. Ces éléments pourraient être énumérés soit dans le texte du projet de Convention, soit dans le Rapport explicatif.

76 L'inclusion d'une déclaration de transparence contenant des éléments détaillés dans le texte du projet de Convention améliorerait la clarté et la transparence. Les États contractants seraient tenus de faire des déclarations spécifiques. Toutefois, compte tenu de la nature évolutive des tribunaux communs, cette approche pourrait être rigide étant donné que les exigences en matière de déclaration pourraient nécessiter des actualisations futures pour qu'elles demeurent pertinentes et efficaces. Par ailleurs, cette approche pourrait conduire à un déséquilibre dans le texte du projet de Convention, celui-ci ne contenant pas d'exigences spécifiques et détaillées pour les autres mécanismes de déclaration existants.

77 L'inclusion des exigences détaillées de la déclaration de transparence dans le Rapport explicatif apporterait une certaine souplesse pour les actualisations futures en ce qui concerne les tribunaux communs existants et pour ceux qui seront établis à l'avenir. Le caractère non contraignant du Rapport explicatif signifie que les États contractants ne seraient pas obligés de déclarer chaque élément spécifié dans le Rapport explicatif, ce qui leur donnerait un plus grand degré de flexibilité par rapport aux futurs tribunaux communs présentant des caractéristiques uniques. Toutefois,

common court should not be less transparent or less clear than the position in relation to other relevant courts. A Contracting State will also benefit from clarity about the criteria to be applied by its national court to determine whether to recognise and enforce common court judgments.

68 The consideration of reciprocal treatment in the context of common courts under the draft Convention is another important issue. A common court State which is a Contracting State to the draft Convention may expect its common court judgments to circulate under the draft Convention by virtue of the fact that the common court has exercised that State's delegated judicial power. From this perspective, it may propose that the common court be treated as its own national court for the purposes of reciprocal recognition and enforcement under the draft Convention. If, however, the State were denied reciprocal treatment with respect to judgments delivered by the common court, it may create imbalance in the operation of the draft Convention for the State: some judgments – delivered by national courts – would be able to circulate, whereas other judgments – delivered by common courts (the State does not have competence to adjudicate any more) – would not be able to circulate.

69 Based on these considerations, two broad options with regard to the treatment of common court judgments can be presented for discussion: 1) whether to proceed without expressly addressing the treatment of common court judgments in the draft Convention; or 2) whether to address this issue expressly in the framework of the draft Convention. Each option has various sub-options. For example, if Option 1 (no express provision on common courts) is adopted, the way in which the instrument is expected to apply in relation to common courts could be addressed in the Explanatory Report. If Option 2 (express provision in relation to common courts) is adopted, a detailed provision along the lines of Article 4(5) and (6) might be included also with an accompanying explanation in the Explanatory Report. These issues will require further reflection and discussion at the Diplomatic Session.

*Option 1: Not expressly referring to common court judgments in the draft Convention*

70 This option would require the court addressed to determine whether such judgments fall under the scope of the draft Convention and are therefore eligible for recognition and enforcement, in particular for common courts established in the future. While noting that the court addressed should interpret this issue uniformly (Art. 21 of the draft Convention), it seems likely that courts addressed could still have different practices: some may consider a common court judgment to be covered by the draft Convention, and would therefore attempt to recognise or enforce the judgment, while others may reach a different conclusion and not recognise the judgment. It may then lead to an inconsistent interpretation and operation of the draft Convention. To deal with common court judgments expressly in the framework of the draft Convention would help to avoid this problem. Alternatively, the application of the draft Convention to common courts could be addressed in the Explanatory Report to guide the uniform interpretation and operation of the draft Convention.

*Option 2: To deal with common court judgments expressly in the framework of the draft Convention*

71 Express provisions to deal with common court judgments could improve clarity under the draft Convention by 1) identifying the common courts that are governed, 2) clarifying the jurisdictional filters through which the decision may be recognised, and 3) enabling courts to declare which common court decisions they will and will not accept.

72 One disadvantage may be that the provisions of the draft Convention become quickly outdated or less relevant due to the evolving nature of common courts, especially for those that will be established in the future and the provisions in the draft Convention might not be sufficient or clear.

73 Given that this Note has previously mentioned the complementary nature of the draft Convention and the 2005 Choice of Court Convention, it may be necessary to explain in the Explanatory Report, irrespective of which approach is taken, whether, and if so, why and how the draft Convention departs from the 2005 Convention. In particular, at issue is whether dealing with the common court question in the framework of the draft Convention entails a different interpretation of the 2005 Convention in this regard.

74 If this option is preferred, the Diplomatic Session could consider the following:

– How can transparency and clarity be promoted if common court judgments are included under the draft Convention?

75 Article 4(5) of the draft Convention addresses concern for transparency by requiring Contracting States to positively identify those common courts which may be deemed to be a court of that Contracting State (for ease of discussion, a “transparency declaration”). Specifying detailed items in the transparency declaration may assist the Contracting States that are not parties to the common court. These items could be listed either in the text of the draft Convention itself or in the Explanatory Report.

76 To include a transparency declaration containing detailed items *in the text of the draft Convention* would enhance clarity and transparency. Contracting States would be bound to make specific declarations. However, considering the evolving nature of common courts, this approach could be rigid, as the declaration requirements may require future updates so that they remain relevant and effective. In addition, this approach could lead to an imbalance in the text of the draft Convention, because the draft Convention does not contain any specific and detailed requirements for other existing declaration mechanisms.

77 If the detailed requirements of the transparency declaration were included *in the Explanatory Report*, there would be flexibility for future updates for existing common courts and for common courts to be established in the future. The non-binding nature of the Explanatory Report means that Contracting States would not be obliged to declare each item specified in the Explanatory Report, thus providing them with a greater degree of flexibility with respect to future common courts exhibiting unique charac-

dans le même temps, les obligations non contraignantes n'offrent pas un niveau de certitude qui pourrait être souhaité par certains États contractants.

78 Quelle que soit l'approche privilégiée, le Rapport explicatif pourrait indiquer que la liste n'est pas exhaustive, de sorte que d'autres questions pertinentes relatives au fonctionnement des tribunaux communs puissent également être incluses dans la déclaration de transparence.

– Quels éléments spécifiques devraient figurer dans la déclaration de transparence ?

79 Si les éléments de la déclaration de transparence doivent être précisés dans le cadre du projet de Convention, les points suivants pourraient être envisagés :

- i) le nom, le lieu et les coordonnées pertinentes du tribunal commun ;
- ii) une copie de l'instrument juridique qui a créé le tribunal commun ;
- iii) une liste des parties à l'instrument juridique ;
- iv) les compétences et les fonctions du tribunal commun ;
- v) la capacité ou non du tribunal commun de reconnaître et d'exécuter des jugements au titre de la Convention et, dans l'affirmative, de quelle manière ;
- vi) toute autre information nécessaire.

Tout changement concernant les membres ou la compétence du tribunal commun fera l'objet d'une nouvelle déclaration<sup>37</sup>.

– Le projet de Convention devrait-il traiter différemment les tribunaux communs existants et ceux qui seront établis à l'avenir ?

80 La présente Note, dans son annexe I, a dressé une liste non exhaustive des tribunaux communs. Les informations fournies dans cette annexe suivent les éléments spécifiés au paragraphe 79.

81 De nouveaux tribunaux communs pourraient être établis à l'avenir, avec des caractéristiques qui ne sont pas actuellement prévues par les États contractants. Ainsi, l'application des dispositions relatives aux tribunaux communs du projet de Convention aux futurs tribunaux communs pourrait être source d'incertitude. Une solution pourrait consister à limiter l'application du projet de Convention aux seuls tribunaux communs qui existent au moment de l'adoption du texte du projet de Convention, de sorte que les États contractants seraient protégés de l'incertitude liée à l'apparition de nouveaux tribunaux communs.

82 La manière de reconnaître ou d'exécuter les jugements rendus par des tribunaux communs établis à l'avenir pourrait alors justifier une étude ou un protocole distinct au projet de Convention, si la Session diplomatique le juge approprié.

– Quelles autres considérations réciproques se posent ?

83 Des questions de réciprocité pourraient se poser lorsque le tribunal d'un État contractant exerce la même compétence matérielle que celle transférée à un tribunal commun. Les exemples suivants présentent ces questions.

84 **Scénario 7.** Supposons que les États X, Y et Z aient établi un tribunal commun. Les trois États sont Parties au projet de Convention et l'État R, également Partie au projet de Convention, déclare qu'il n'acceptera pas les jugements rendus par le tribunal commun. Si un tribunal de l'État R rend un jugement dans l'exercice de la compétence *ratione materiae* qui est dévolue au tribunal commun, les États X, Y et Z devraient-ils également refuser le jugement de l'État R ?

85 Le Rapport explicatif préliminaire révisé explique que les États X, Y et Z peuvent refuser la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus par les tribunaux de l'État R qui ont statué sur les matières relevant des États X, Y et Z<sup>38</sup>. Ceci est basé sur le mécanisme de réciprocité (« *opt-in* » ou « *opt-out* ») prévu dans le projet de Convention.

86 **Scénario 8.** Certains tribunaux communs peuvent partager une compétence concurrente avec les tribunaux nationaux sur des questions particulières. Supposons que les États X, Y et Z aient établi un tribunal commun. Ces trois États sont Parties au projet de Convention et l'État R, également Partie au projet de Convention, déclare qu'il n'acceptera pas les jugements rendus par le tribunal commun. Si l'État X a une compétence concurrente à celle du tribunal commun sur une matière donnée, les tribunaux de l'État R peuvent-ils refuser le jugement rendu par un tribunal de l'État X, qui a statué sur cette matière ?

87 La réponse semble être négative car les tribunaux de l'État R ne pourraient refuser la reconnaissance et l'exécution des jugements que pour les motifs énoncés dans le projet de Convention, dont aucun ne permet un refus au motif qu'un État a fait une déclaration en vertu de l'article 4(6). Selon le projet actuel, les obligations de l'État R ne sont pas affectées et les tribunaux de l'État R devraient reconnaître et exécuter les jugements de l'État X si d'autres conditions requises par le projet de Convention sont remplies.

<sup>37</sup> Texte repris du « Rapport du Groupe de travail informel II – Tribunaux communs », établi par le professeur Marcelo De Nardi, président du Groupe de travail informel II, avec l'assistance du Bureau Permanent, Doc. pré-l. No 8 d'avril 2019 à l'attention de la Vingt-deuxième session sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 18 juin au 2 juillet 2019), voir Cahier 2, p. 16, du présent tome.

<sup>38</sup> Rapport explicatif préliminaire révisé, para. 141.

teristics. However, at the same time, non-binding obligations do not provide a level of certainty that may be desired by some Contracting States.

78 No matter which approach is preferred, the Explanatory Report could state that the list is non-exhaustive so that other matters relevant for the operation of common courts can also be included in the transparency declaration.

- What specific items should be contained in the transparency declaration?

79 If the items in the transparency declaration need to be specified in the framework of the draft Convention, the following could be considered:

- name, location and relevant contact information of the common court;
- a copy of the legal instrument that established the common court;
- list of parties to the legal instrument;
- jurisdiction and function of the common court;
- whether and how the common court could recognise and enforce judgments under the Convention;
- other necessary information.

Any change to the membership or competence of the common court shall be subject to a new declaration.<sup>37</sup>

- Whether existing common courts and common courts established in the future should be dealt with differently under the draft Convention?

80 This Note, in its Annex I, has compiled a non-exhaustive list of common courts. The information provided in this Annex follows the items specified in paragraph 79.

81 New common courts could be established in the future, with features that are not currently foreseen by the Contracting States. Thus, applying common court provisions in the draft Convention to future common courts could cause uncertainty. One solution could be to confine the application of the draft Convention only to common courts in existence at the time of the adoption of the text of the draft Convention, such that Contracting States would be protected from the uncertainty associated with the rise of new common courts.

82 How to recognise or enforce judgments delivered by common courts established in the future may then warrant a separate study or protocol to the draft Convention, should the Diplomatic Session consider it appropriate.

- What other reciprocal considerations arise?

83 Issues concerning reciprocity could arise where the court of a Contracting State exercises the same subject matter jurisdiction as that transferred to a common court. The following examples present these issues.

84 **Scenario 7.** Suppose that there is a common court established by States X, Y and Z. All three States are Parties to the draft Convention, and State R, which is also a Party to the draft Convention, declares that it will not accept judgments from the common court. If a court of State R renders a judgment in the exercise of the same subject matter jurisdiction that is vested in the common court, should States X, Y and Z also refuse the judgment from State R?

85 The revised draft Explanatory Report explains that States X, Y and Z may refuse recognition and enforcement of judgments given by the courts of State R that ruled on the matters falling within the scope of States X, Y and Z.<sup>38</sup> This is based on the reciprocity mechanism (“opt in” or “opt out”) provided under the draft Convention.

86 **Scenario 8.** Some common courts may share concurrent jurisdiction with national courts over particular matters. Suppose that there is a common court established by States X, Y and Z. All three States are Parties to the draft Convention, and State R, which is also a Party to the draft Convention, declares that it will not accept judgments from the common court. If State X has concurrent jurisdiction with the common court on a certain subject matter, can courts in State R refuse the judgment given by a court in State X, which ruled on that subject matter?

87 The answer seems to be negative, as courts in State R could only refuse the recognition and enforcement of judgments based on the grounds set out in the draft Convention, none of which permit refusal on the basis that a State has made an Article 4(6) declaration. Under the current draft, the obligations of State R remain unaffected and the courts of State R would need to recognise and enforce State X judgments if other conditions required by the draft Convention are met.

---

<sup>37</sup> Text derived from “Report of informal working group II – Common courts”, drawn up by Professor Marcelo De Nardi, chair of informal working group II, with the assistance of the Permanent Bureau, Prel. Doc. No 8 of April 2019 for the attention of the Twenty-Second Session on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (18 June – 2 July 2019), see Book 2, p. 17, of this tome.

---

<sup>38</sup> Revised draft Explanatory Report, para. 141.

## Tribunaux communs recensés

<p><i>Nom, lieu et coordonnées pertinentes du tribunal commun</i></p>	<p><b>Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (CCJA)</b></p> <p>Plateau, Avenue Dr Jamot, Face Immeuble « Les Harmonies » 01 B.P. 8702 Abidjan 01, Côte d'Ivoire Tél. : +225 20 33 60 51/20 33 60 52 Fax : +225 20 33 60 53 Courrier électronique : ccja@ohada.org</p>
<p><i>Une copie de l'instrument juridique qui a créé le tribunal commun</i></p>	<p>Quatorze États africains ont signé le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique à Port-Louis, le 17 octobre 1993 (ci-après, le « Traité OHADA ») en vue de stimuler la croissance économique de leur région respective au moyen de l'harmonisation du droit des affaires. Le Traité OHADA établit l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) ainsi que la CCJA comme son institution judiciaire clé<sup>1</sup>. Le Traité a été révisé le 17 octobre 2008. Depuis lors, trois autres États ont adhéré au Traité OHADA, ce qui porte à 17 le nombre total d'États parties.</p> <p>Le texte intégral du Traité (y compris sa révision de 2008) est disponible à l'adresse &lt;www.ohada.org&gt;.</p>
<p><i>Liste des parties à l'instrument juridique</i></p>	<p>Les 17 États sont les suivants : la République du Bénin, le Burkina Faso, la République du Cameroun, la République centrafricaine, la République du Congo, la République de la Côte d'Ivoire, la République du Gabon, la République de Guinée équatoriale, la République du Mali, la République du Niger, la République du Sénégal, la République du Tchad, la République du Togo, l'Union des Comores, la République démocratique du Congo, la République de Guinée et la République de Guinée Bissau.</p>
<p><i>Compétences et fonctions du tribunal commun</i></p>	<p>Le Traité OHADA énumère les matières juridiques qui relèvent de son champ d'application : « l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent traité et aux dispositions de l'article 8 » relèvent du droit des sociétés<sup>2</sup>. Lors de sa réunion de mars 2001 à Bangui, le Conseil des Ministres a rallongé la liste en ajoutant les domaines suivants : droit de la concurrence, droit bancaire, droit de la propriété intellectuelle, droit contractuel et droit de la preuve<sup>3</sup>.</p> <p>Afin de garantir la mise en œuvre du Traité OHADA, l'OHADA adopte des actes uniformes régissant les domaines du droit énumérés, notamment l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, l'Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière, l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution et l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives<sup>4</sup>.</p> <p>La CCJA a trois rôles principaux : elle 1) examine les projets d'actes uniformes de l'OHADA pour s'assurer de leur conformité avec le Traité OHADA avant leur adoption par le Conseil des Ministres ; 2) supervise les arbitrages ; et 3) exerce des responsabilités judiciaires (voir ci-dessous)<sup>5</sup>.</p>

<sup>1</sup> En termes structurels, l'OHADA se compose de la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement, du Conseil des Ministres, de la Cour commune de justice et d'arbitrage et du Secrétariat Permanent (art. 3(2) du Traité OHADA). Le Traité OHADA met en place l'OHADA comme un organe chargé de la réalisation des tâches prévues par le Traité (art. 3(1) du Traité OHADA).

<sup>2</sup> Art. 2 du Traité OHADA.

<sup>3</sup> Compte rendu de la réunion du Conseil des Ministres de l'OHADA (Bangui, 22 et 23 mars 2001), *Journal Officiel de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*, No 12, 6. Ce rapport est disponible sur le site web de l'OHADA, à l'adresse <www.ohada.org>.

<sup>4</sup> La procédure d'adoption et de modification des Actes uniformes est énoncée aux art. 5 à 12 du Traité OHADA.

<sup>5</sup> C.M. Dickerson, « The OHADA Common Court of Justice and Arbitration: Its Authority in the Formal and Informal Economy », dans K.J. Alter, L.R. Helfer et M.R. Madsen (dir. pub.), *International Court Authority*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 106 à 107.

**Identified common courts**

<i>Name, location and relevant contact information of the common court</i>	<p><b>Common Court of Justice and Arbitration of the Organization for the Harmonization of Business Law in Africa (CCJA)</b></p> <p>Plateau, Avenue Dr Jamot, Face Immeuble “Les Harmonies” 01 B.P. 8702 Abidjan 01, Côte d’Ivoire Tel.: +225 20 33 60 51/20 33 60 52 Fax: +225 20 33 60 53 E-mail: ccja@ohada.org</p>
<i>A copy of the legal instrument that established the common court</i>	<p>Fourteen African States signed the Treaty on the Harmonization of Business Law in Africa in Port Louis on 17 October 1993 (hereinafter, “OHADA Treaty”) to foster the economic growth of their respective region through the harmonisation of business law. The OHADA Treaty established the Organization for the Harmonization of Business Law in Africa (OHADA) with the CCJA as its key judicial institution.<sup>1</sup> The Treaty was revised on 17 October 2008. Three other States have since joined, bringing the total number to 17.</p> <p>The full text of the Treaty (including the 2008 revisions) is available (in French only) at &lt;www.ohada.org&gt;.</p>
<i>List of parties to the legal instrument</i>	<p>The 17 States are: Republic of Benin, Burkina Faso, Republic of Cameroon, Central African Republic, Republic of Chad, Union of Comoros, Republic of Congo, Republic of Côte d’Ivoire, Republic of Equatorial Guinea, Republic of Gabon, Republic of Mali, Republic of Niger, Republic of Senegal, the Republic of Togo, the Democratic Republic of Congo, the Republic of Guinea and the Republic of Guinea Bissau.</p>
<i>Jurisdiction and function of the common court</i>	<p>The OHADA Treaty lists areas of law that fall within the scope of its implementation: “all regulations concerning company laws and the legal status of business people, debt recovery, security interests and enforcing proceedings, companies receivership and judicial liquidation, arbitration law, labour law, accounting law, transportation and commercial transactions laws as well as any other issue decided and adopted unanimously by the Council of Ministers in accordance with this Treaty and the provisions of Article 8” shall fall within the framework of business laws.<sup>2</sup> During its meeting in Bangui in March 2001, the Council of Ministers expanded this list by including the following areas: competition law, banking law, intellectual property law, contract law and the law of proof.<sup>3</sup></p> <p>To ensure the implementation of the OHADA Treaty, OHADA passes uniform acts regulating the listed areas of law, including Uniform Acts on Commercial Companies and Economic Interest Groupings, General Commercial Law, Organizing Securities Law, Accounting Law and Financial Information, Simplified Recovery Procedures and Measures of Execution, and Cooperatives.<sup>4</sup></p> <p>The CCJA has three principal roles: it 1) reviews the OHADA draft uniform acts to ensure their consistency with the OHADA Treaty before they are adopted by the Council of Ministers; 2) supervises arbitrations; and 3) exercises judicial responsibilities (see below).<sup>5</sup></p>

<sup>1</sup> Structurally, OHADA consists of the Conference of Heads of State and Government, the Council of Ministers, the Common Court of Justice and Arbitration and the Permanent Secretariat (Art. 3(2) of the OHADA Treaty). The OHADA Treaty establishes OHADA as the body tasked to perform duties under the Treaty (Art. 3(1) of the OHADA Treaty).

<sup>2</sup> Art. 2 of the OHADA Treaty [translation by the Permanent Bureau].

<sup>3</sup> Report of the meeting of the OHADA Council of Ministers (Bangui, 22 and 23 March 2001), *Journal Officiel de l’Organisation pour l’Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*, No 12, 6. This report is available on the OHADA website, at <www.ohada.org>.

<sup>4</sup> The process of adoption and modification of Uniform Acts is set out in Arts 5-12 of the OHADA Treaty.

<sup>5</sup> C.M. Dickerson, “The OHADA Common Court of Justice and Arbitration: Its Authority in the Formal and Informal Economy”, in K.J. Alter, L.R. Helfer and M.R. Madsen (eds.), *International Court Authority*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 106-107.

	<p>Dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, la CCJA est responsable de l'interprétation et de l'application uniforme du Traité OHADA, des règlements promulgués pour favoriser l'application du Traité, des actes uniformes et des autres décisions<sup>6</sup>.</p> <p>À cet égard, la Cour est investie d'une compétence consultative. Elle peut être consultée par les États, le Conseil des Ministres ou les juridictions nationales (saisissant une juridiction nationale en vertu de l'art. 13) sur toute question relative à l'interprétation et à l'application uniforme du Traité OHADA, des règlements, des actes uniformes ou « autres décisions ». La Cour statue également en dernier ressort sur les questions relatives à l'application des actes uniformes et règlements, dans lesquels elle « évoque et statue sur le fond »<sup>7</sup>. La CCJA connaît de décisions de cours d'appel des États membres de l'OHADA sur toute matière ayant trait à l'application des actes uniformes et des règlements prévus par le Traité OHADA, à l'exception des décisions imposant des sanctions pénales<sup>8</sup>. À cet égard, la CCJA fonctionne comme la plus haute juridiction nationale de ses États membres<sup>9</sup>. Elle statue sur le fond et ne renvoie pas les affaires aux juridictions nationales pour complément d'examen<sup>10</sup>. Les arrêts ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire<sup>11</sup>, ils ont le même effet que les arrêts d'une juridiction nationale et lient les juridictions nationales inférieures des États membres. L'exécution des jugements doit être assurée par les États contractants sur leurs territoires respectifs<sup>12</sup>.</p>
<p><i>Capacité ou non du tribunal commun de reconnaître et d'exécuter des jugements au titre de la Convention et, dans l'affirmative, de quelle manière</i></p>	<p>L'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution a été adopté le 10 avril 1998 à Libreville (Gabon) et est entré en vigueur le 31 août 1998.</p> <p>L'objectif de cet Acte est d'uniformiser le droit applicable dans tous les États membres de l'OHADA en matière de recouvrement des créances liquides et exigibles. En vertu de cet Acte, les États membres sont tenus d'aider à l'exécution des décisions et des autres titres exécutoires<sup>13</sup>. Un « titre exécutoire » est défini comme comprenant « les actes et décisions juridictionnelles étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarés exécutoires par une décision juridictionnelle, non susceptibles de recours suspensif d'exécution, de l'État dans lequel ce titre est invoqué »<sup>14</sup>.</p> <p>Ainsi, bien que la CCJA soit habilitée à rendre l'une des deux ordonnances (soit une injonction de payer, soit une procédure simplifiée tendant à la délivrance ou à la restitution d'un bien meuble déterminé), l'exécution matérielle ultérieure des jugements est renvoyée aux unités nationales, selon l'Acte uniforme<sup>15</sup>. Par conséquent, la CCJA ne semble pas être compétente pour exécuter les jugements étrangers. Il appartient plutôt aux États membres d'exécuter les jugements étrangers conformément à leur propre droit national.</p>
<p><i>Autre information nécessaire</i></p>	<p>Lorsqu'un appel est pendant devant la CCJA, tout tribunal d'un État membre de l'OHADA sursoit à statuer jusqu'à ce que la CCJA rende sa décision. Ce tribunal peut ensuite reprendre la procédure uniquement si la CCJA se déclare incompétente<sup>16</sup>.</p>

<sup>6</sup> Art. 14 du Traité OHADA.

<sup>7</sup> *Ibid.*, art. 14(5).

<sup>8</sup> *Ibid.*, art. 14(3).

<sup>9</sup> C.M. Dickerson (*op. cit.* note 5 de la présente annexe), p. 103.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>11</sup> Art. 20 du Traité OHADA.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, art. 29.

<sup>14</sup> *Ibid.*, art. 33.

<sup>15</sup> J.A. Yakubu, « Simplified Recovery Procedures and Mechanisms: A Nigerian Perspective on OHADA », dans C.M. Dickerson (dir. pub.), *Unified Business Laws for Africa: Common Law Perspectives on OHADA* (2<sup>e</sup> éd.), Londres, IEDP, 2012, p. 105.

<sup>16</sup> Voir l'art. 16 du Traité OHADA, « La saisine de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage suspend toute procédure de cassation engagée devant une juridiction nationale contre la décision attaquée. Toutefois cette règle n'affecte pas les procédures d'exécution. Une telle procédure ne peut reprendre qu'après arrêt de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage se déclarant incompétente pour connaître de l'affaire. »



	<p>In its judicial capacity, the CCJA is responsible for the interpretation and uniform application of the OHADA Treaty, the regulations promulgated to further the Treaty's implementation, the uniform acts and other decisions.<sup>6</sup></p> <p>In this respect, the court is vested with an advisory jurisdiction. It may be consulted by States, the Council of Ministers, or national courts (hearing a matter under Art. 13) on any issue pertaining to the interpretation and uniform application of the OHADA Treaty, the regulations, the uniform acts or "other decisions". The Court also sits as a court of final appeal over matters concerning the application of the uniform acts and regulations, in which it "shall invoke and rule on the substance".<sup>7</sup> The CCJA rules on decisions rendered by the penultimate national courts of the OHADA Member States in all matters relating to the application of the uniform acts and to the regulations contemplated by the OHADA Treaty, save decisions applying criminal sanctions.<sup>8</sup> In this respect, the CCJA functions as the highest national court of its Member States.<sup>9</sup> It decides these appeal cases on the merits and does not remit the matters to the national courts for further consideration.<sup>10</sup> The judgments are final and conclusive,<sup>11</sup> have the same effect as those of a national jurisdiction, and bind the lower, national courts of Member States. Execution and enforcement of the judgments is to be ensured by the Contracting States on their respective territories.<sup>12</sup></p>
<p><i>Whether and how the common court could recognise and enforce judgments under the Convention</i></p>	<p>The <i>Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution</i> (Uniform Act Organizing Simplified Recovery Procedures and Measures of Execution) was adopted on 10 April 1998 in Libreville (Gabon), and entered into force on 31 August 1998.</p> <p>The purpose of the Act is to provide uniform law across the OHADA Member States for the recovery of debts that are due and in a fixed amount. Under the act, the Member States are required to assist in the execution of judgments and other enforceable instruments.<sup>13</sup> An "enforceable instrument" is defined to include "foreign acts and court decisions, as well as arbitral awards declared enforceable by a court decision, without appeal with stay of execution of the State in which such instrument is invoked".<sup>14</sup></p> <p>Thus, although the CCJA is empowered to make one of two orders (either an order to make payment, or an order to deliver or return an object), the subsequent physical enforcement of the judgments is returned to national units, according to the Uniform Act.<sup>15</sup> As such, the CCJA does not appear to have jurisdiction to enforce foreign judgments. Instead, it is for Member States to enforce foreign judgments according to their own national law.</p>
<p><i>Other necessary information</i></p>	<p>When a case is on appeal by the CCJA, a national court of an OHADA Member State should stay its proceedings until the CCJA renders its decision. Such national court may resume its proceedings only if the CCJA declares that it lacks jurisdiction over a particular case.<sup>16</sup></p>

<sup>6</sup> Art. 14 of the OHADA Treaty.

<sup>7</sup> *Ibid.*, Art. 14(5).

<sup>8</sup> *Ibid.*, Art. 14(3).

<sup>9</sup> C.M. Dickerson (*op. cit.* note 5 of this Annex), p. 103.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>11</sup> Art. 20 of the OHADA Treaty.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Uniform Act Organizing Simplified Recovery Procedures and Measures of Execution, Art. 29.

<sup>14</sup> *Ibid.*, Art. 33 [*translation by the Permanent Bureau*].

<sup>15</sup> J.A. Yakubu, "Simplified Recovery Procedures and Mechanisms: A Nigerian Perspective on OHADA", in C.M. Dickerson (ed.), *Unified Business Laws for Africa: Common Law Perspectives on OHADA* (2nd ed.), London, IEDP, 2012, p. 105.

<sup>16</sup> See Art. 16 of the OHADA Treaty, "The hearing of a case on appeal by the Court, stays automatically all proceedings in view of instituting an appeal before a national court against the decision in question. However this rule does not interfere with the execution of proceedings. Such proceedings can only be carried out after that a decision of the Common Court of Justice and Arbitration declares itself as lacking jurisdiction to hear the matter in question." [*Translation by the Permanent Bureau.*]

<p><i>Nom, lieu et coordonnées pertinentes du tribunal commun</i></p>	<p><b>Cour de justice des Caraïbes (CJC)</b></p> <p>Adresse du Secrétariat :  Turkeyen  Greater Georgetown  Guyana  Amérique du Sud  Tél. : 592-222-0001-6  Courrier électronique : <a href="mailto:communications@caricom.org">communications@caricom.org</a></p>
<p><i>Une copie de l'instrument juridique qui a créé le tribunal commun</i></p>	<p>Depuis 2001, la Communauté caribéenne (CARICOM) et son marché économique unique fonctionnent dans le cadre du Traité révisé de Chaguaramas, y compris la création du marché et de l'économie uniques de la CARICOM (CSME)<sup>17</sup>. La CJC a été mise en place par 12 États membres de la CARICOM, comme tribunal judiciaire régional (l'Accord constitutif pertinent est ci-après dénommé l'« Accord CJC »)<sup>18</sup>.</p> <p>L'Accord CJC est disponible (en anglais uniquement) sur le site web de la Cour de justice des Caraïbes, à l'adresse &lt;<a href="http://www.ccj.org">www.ccj.org</a>&gt;.</p>
<p><i>Liste des parties à l'instrument juridique</i></p>	<p>Ces 12 États membres sont : Antigua-et-Barbuda, la Barbade, le Belize, le Commonwealth de Dominique, la Grenade, la République coopérative du Guyana, la Jamaïque, St.-Kitts-et-Nevis, Sainte-Lucie, St.-Vincent-et-les-Grenadines, la République du Suriname et la République de Trinité-et-Tobago.</p> <p>Le Traité révisé s'applique à tous les États membres de la CARICOM, à l'exception des Bahamas et de Montserrat. Seuls quatre États ont accepté la compétence d'appel de la CJC (voir ci-dessous) : Guyana, Barbade, Belize et Dominique<sup>19</sup>.</p>
<p><i>Compétences et fonctions du tribunal commun</i></p>	<p>La CJC exerce les fonctions d'une juridiction de première instance et d'appel<sup>20</sup>. Pour tout ce qui a trait à la juridiction de première instance, la CJC dispose d'une compétence exclusive pour connaître des questions de droit communautaire concernant a) des différends entre États parties à l'Accord CJC, b) des différends entre États parties à l'Accord CJC et États membres de la CARICOM, c) des renvois préjudiciels émanant de tribunaux nationaux d'États membres, et d) des demandes de ressortissants d'États membres quant à l'interprétation et l'application du Traité révisé<sup>21</sup>.</p> <p>Les décisions de la CJC doivent être exécutées par toutes les juridictions et autorités sur le territoire des États membres comme si elles étaient une décision des juridictions supérieures des États membres<sup>22</sup>.</p> <p>La compétence d'appel de la CJC ne concerne, en revanche, que les différends civils ou commerciaux<sup>23</sup>. L'article XXV (partie III) de l'Accord CJC énonce en détail les règles qui régissent les compétences d'appel de la CJC. Point d'intérêt pour la présente Note, la CJC statue en dernier ressort sur les décisions des tribunaux des États membres de la CARICOM dans deux cas.</p> <p>Tout d'abord, la CJC exerce, entre autres et <i>de plein droit</i>, ses compétences d'appel sur les décisions suivantes d'une Cour d'appel d'un État membre :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– décisions finales en matière civile lorsque l'objet du litige en appel dépasse vingt-cinq mille dollars des Caraïbes orientales (25 000 XCD) ou lorsque l'appel implique, directement ou indirectement, des prétentions en matière de propriété ou un droit équivalent à la valeur susmentionnée ;</li> <li>– d'autres décisions selon ce que prescrit le droit de l'État membre<sup>24</sup>.</li> </ul>

<sup>17</sup> La Communauté caribéenne est l'un des premiers mouvements d'intégration entre États en développement, établie par le Traité d'origine de Chaguaramas signé en 1973. Le Traité et ses annexes (énonçant les détails de l'Accord du marché commun) sont entrés en vigueur le premier août 1973. La Communauté regroupe 20 pays : 15 États membres et cinq Membres associés. Voir le site officiel (en anglais uniquement) à l'adresse <[caricom.org](http://caricom.org)>.

<sup>18</sup> Plus d'informations sur la CJC sont disponibles (en anglais uniquement) à l'adresse <[www.caribbeancourtjustice.org](http://www.caribbeancourtjustice.org)>.

<sup>19</sup> S. Caserta et M.R. Madsen, « The Caribbean Court of Justice : A Regional Integration and Postcolonial Court », dans K.J. Alter, L.R. Helfer et M.R. Madsen (dir. pub.) (*op. cit.* note 5 de la présente annexe), p. 149.

<sup>20</sup> Les art. XI à XXIV (partie II) de l'Accord CJC régissent sa compétence de première instance. En vertu de l'art. XXII de cette partie II, les jugements de la CJC constituent des précédents juridiquement contraignants pour les parties à la procédure devant la Cour. Il semble que seuls les jugements rendus dans le cadre de l'exercice de la compétence de première instance de la CJC acquièrent valeur de précédent. L'art. XXV (partie III) administre la juridiction d'appel de la Cour.

<sup>21</sup> *Ibid.*, partie II, art. XII.

<sup>22</sup> *Ibid.*, partie IV, art. XXVI.

<sup>23</sup> *Ibid.*, partie III, art. XXV.

<sup>24</sup> *Ibid.*, partie III, art. XXV(1) et (2).

<p><i>Name, location and relevant contact information of the common court</i></p>	<p><b>Caribbean Court of Justice (CCJ)</b></p> <p>Secretariat address:  Turkeyen  Greater Georgetown  Guyana  South America  Tel: 592-222-0001-6  E-mail: <a href="mailto:communications@caricom.org">communications@caricom.org</a></p>
<p><i>A copy of the legal instrument that established the common court</i></p>	<p>Since 2001, the Caribbean Community (CARICOM) has been functioning within the framework of the Revised Treaty of Chaguaramas, including the Establishment of the CARICOM Single Market and Economy (CSME).<sup>17</sup> Twelve members of CARICOM established the CCJ as the regional judicial tribunal (relevant establishing agreements hereinafter referred to as the “CCJ Agreement”).<sup>18</sup></p> <p>The CCJ Agreement is available on the website of the Caribbean Court of Justice, at &lt;<a href="http://www.ccj.org">www.ccj.org</a>&gt;.</p>
<p><i>List of parties to the legal instrument</i></p>	<p>The 12 Member States are: Antigua and Barbuda, Barbados, Belize, the Commonwealth of Dominica, Grenada, the Co-operative Republic of Guyana, Jamaica, St. Kitts and Nevis, Saint Lucia, St. Vincent and the Grenadines, the Republic of Suriname and the Republic of Trinidad and Tobago.</p> <p>The Revised Treaty applies to all CARICOM Member States, except The Bahamas and Montserrat. Only four States have accepted the CCJ’s appellate jurisdiction (discussed below): Guyana, Barbados, Belize and Dominica.<sup>19</sup></p>
<p><i>Jurisdiction and function of the common court</i></p>	<p>The CCJ has original and appellate jurisdiction.<sup>20</sup> In its original jurisdiction, the CCJ has exclusive jurisdiction to hear Community law matters concerning a) disputes between the Member States to the CCJ Agreement, b) disputes between Member States to the CCJ Agreement and CARICOM, c) referrals from national courts or tribunals of Contracting States, and d) application of nationals of the Contracting Parties concerning the interpretation and application of the Revised Treaty.<sup>21</sup></p> <p>The decisions of the CCJ are to be enforced by all courts and authorities in the territory of the Member States as if they were a decision of the superior courts of the Member States.<sup>22</sup></p> <p>The appellate jurisdiction of the CCJ, on the other hand, concerns civil or commercial disputes.<sup>23</sup> Part III, Article XXV, of the CCJ Agreement provides for detailed rules on the appellate jurisdiction of the CCJ. To the extent it is relevant for this Note, the CCJ acts as the highest appellate authority over the decisions of the courts of CARICOM Member States in two situations.</p> <p>First, the CCJ has appellate jurisdiction over the decisions of the Court of Appeal of a Member State <i>as of right</i> in, <i>inter alia</i>, the following cases:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– final decisions in civil proceedings where the matter in dispute on appeal to the Court is of the value of not less than twenty-five thousand dollars Eastern Caribbean currency (EC\$ 25,000) or where the appeal involves, directly or indirectly, a claim or a question respecting property or a right of the aforesaid value;</li> <li>– other cases as may be prescribed by any law of the Member State.<sup>24</sup></li> </ul>

<sup>17</sup> The Caribbean Community is one of the first integration movements among developing countries established by the original Treaty of Chaguaramas signed in 1973. The Treaty and its Annex (setting out the details of the Common Market Arrangements) came into effect on 1 August 1973. The community groups 20 countries: 15 Member States and five Associate Members. See the official website: <[www.caricom.org](http://www.caricom.org)>.

<sup>18</sup> Further information on the CCJ is available at <[www.ccj.org](http://www.ccj.org)>.

<sup>19</sup> S. Caserta and M.R. Madsen, “The Caribbean Court of Justice: A Regional Integration and Postcolonial Court”, in K.J. Alter, L.R. Helfer and M.R. Madsen (eds.) (*op. cit.* note 5 of this Annex), p. 149.

<sup>20</sup> Part II, Arts XI-XXIV, of the CCJ Agreement govern the original jurisdiction of the Court. Under Art. XXII of this Part, the CCJ’s judgments are legally binding precedents for parties in proceedings before the Court. It appears that only the judgments laid down in the exercise of the CCJ’s original jurisdiction have the *stare decisis* effect. Part III, Art. XXV, governs the appellate jurisdiction of the Court.

<sup>21</sup> *Ibid.*, Part II, Art. XII.

<sup>22</sup> *Ibid.*, Part IV, Art. XXVI.

<sup>23</sup> *Ibid.*, Part III, Art. XXV.

<sup>24</sup> *Ibid.*, Part III, Art. XXV(1)-(2).

	<p>Ensuite, <i>sous réserve de l'autorisation de la Cour d'appel de l'État membre</i>, la CJC exerce ses compétences d'appel sur les décisions de cette dernière, entre autres, dans les cas suivants :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– décisions finales en matière civile lorsque, selon la Cour d'appel, l'importance significative ou publique de la question soulevée en appel ou toute autre raison dicte que celle-ci soit transmise à la CJC ;</li> <li>– d'autres décisions selon ce que prescrit le droit de l'État membre<sup>25</sup>.</li> </ul> <p>La CJC a promulgué ses Règles de compétence en matière d'appel le 21 avril 2017 (version qui remplace la version de 2015)<sup>26</sup>.</p>
<i>Capacité ou non du tribunal commun de reconnaître et d'exécuter des jugements au titre de la Convention et, dans l'affirmative, de quelle manière</i>	L'Accord CJC ne prévoit pas de manière expresse la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers.
<i>Autre information nécessaire</i>	La CJC joue le rôle d'un tribunal supérieur quant aux décisions finales des tribunaux nationaux <sup>27</sup> . Ainsi, il est peu probable que des procédures parallèles soient pendantes devant la CJC et un tribunal national sur des questions qui relèvent de son champ de compétence.

<sup>25</sup> *Ibid.*, partie III, art. XXV(3).

<sup>26</sup> Le texte intégral des Règles de compétence en matière d'appel de la CJC est disponible (en anglais uniquement) sur le site web de la CJC, à l'adresse <www.ccej.org>.

<sup>27</sup> Accord CJC, partie III, art. XXV(1) et (6). « Dans l'exercice de ses attributions de juridiction d'appel, la Cour constitue un tribunal supérieur avec les pouvoirs et la compétence correspondants, tels que conférés par le présent Accord, la Constitution ou toute autre loi d'un État contractant » et « En cas d'appel porté devant elle, la Cour doit, dans tous les cas, disposer des mêmes pouvoirs et de la même compétence en la matière que la Cour d'appel de l'État contractant dont l'appel provient. » [Traduction du Bureau Permanent.]

	<p>Secondly, the CCJ has appellate jurisdiction <i>with the leave of the Court of Appeal of a Member State</i> over the decisions of the Court of Appeal in, <i>inter alia</i>, the following cases:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– final decisions in any civil proceedings where, in the opinion of the Court of Appeal, the question involved in the appeal is one that by reason of its great general or public importance or otherwise, ought to be submitted to the Court; and</li> <li>– such other cases as may be prescribed by any law of the Member State.<sup>25</sup></li> </ul> <p>The CCJ enacted its Appellate Jurisdiction Rules on 21 April 2017 (replacing the 2015 version).<sup>26</sup></p>
<i>Whether and how the common court could recognise and enforce judgments under the Convention</i>	The CCJ Agreement does not expressly provide for the recognition and enforcement of foreign judgments.
<i>Other necessary information</i>	The CCJ acts as a superior court concerning final decisions of national courts. <sup>27</sup> Thus, it is unlikely that there will be parallel proceedings between the CCJ and a national court in the matters that fall within the scope of its jurisdiction.

<sup>25</sup> *Ibid.*, Part III, Art. XXV(3).

<sup>26</sup> The full text of the CCJ Appellate Jurisdiction Rules is available on the CCJ website, at <[www.ccj.org](http://www.ccj.org)>.

<sup>27</sup> CCJ Agreement, Part III, Art. XXV(1) and (6): “In the exercise of its appellate jurisdiction, the Court is a superior Court of record with such jurisdiction and powers as are conferred on it by this Agreement or by the Constitution or any other law of a Contracting Party” and “The Court shall, in relation to any appeal to it in any case, have all the jurisdiction and powers possessed in relation to that case by the Court of Appeal of the Contracting Party from which the appeal was brought.”

<p><i>Nom, lieu et coordonnées pertinentes du tribunal commun</i></p>	<p><b>Cour suprême des Caraïbes orientales (CECA)</b></p> <p>2nd Floor Heraldine Rock Building Waterfront P.O. Box 1093 Castries Saint Lucia Tél. : +1 758 457 3600 Courrier électronique : <a href="mailto:offices@eccourts.org">offices@eccourts.org</a></p>
<p><i>Une copie de l'instrument juridique qui a créé le tribunal commun</i></p>	<p>En vertu de la Loi sur les Antilles de 1967, l'Organisation des États de la Caraïbe et le Royaume-Uni ont défini un « statut d'association ». En vertu de l'article 6, un tribunal commun des États associés pourrait être établi par Sa Majesté par décret du Conseil.</p> <p>La <i>West Indies Associated States Supreme Court Order</i> a donné effet à l'article 6 de la Loi sur les Antilles et a établi un tribunal commun pour les États associés connu sous le nom de « Cour suprême des États associés des Antilles ». La Cour suprême des États associés des Antilles s'appelle désormais la Cour suprême des Caraïbes orientales.</p>
<p><i>Liste des parties à l'instrument juridique</i></p>	<p>L'Organisation des États des Caraïbes orientales est un groupe de 10 îles réparties dans les Caraïbes orientales. Ensemble, ces États forment un archipel presque ininterrompu à l'est de la mer des Caraïbes. Ils comprennent les îles Leeward : Antigua-et-Barbuda, Saint-Kitts-et-Nevis, Montserrat, Anguilla et les îles Vierges britanniques ; et les îles du Vent : Dominique, Sainte-Lucie, Saint-Vincent-et-les Grenadines, Grenade et Martinique.</p>
<p><i>Compétences et fonctions du tribunal commun</i></p>	<p>Sous certaines conditions, la CECA est compétente en matière civile<sup>28</sup>.</p> <p>La CECA se compose de deux divisions : la Cour d'appel et la Haute Cour<sup>29</sup>. Le Règlement de procédure de la Cour se trouve dans le Règlement de procédure civile CECA 2000, modifié occasionnellement<sup>30</sup>. Le Règlement de la Cour d'appel est séparé<sup>31</sup>.</p> <p>La Cour d'appel est compétente pour connaître de « toute question invoquée dans le cadre d'une procédure civile ou de tout point de droit soulevé par la Haute cour ou un juge » [<i>traduction du Bureau Permanent</i>]. Cela reste néanmoins sous réserve de « tout pouvoir conféré en ce sens par le droit de l'État concerné » [<i>id.</i>].</p> <p>Sauf quelques exceptions, la Cour d'appel est habilitée à « statuer en appel sur tout jugement ou toute décision de la Haute cour dans le cadre d'une procédure civile » [<i>traduction du Bureau Permanent</i>]. Afin de déterminer les points accessoires d'un appel et les recours, l'exécution de tout jugement ou de toute décision rendue, la Cour d'appel est dotée de « tous les pouvoirs, de l'autorité et de la compétence de la Haute cour » [<i>id.</i>].</p>
<p><i>Capacité ou non du tribunal commun de reconnaître et d'exécuter des jugements au titre de la Convention et, dans l'affirmative, de quelle manière</i></p>	<p>Le Règlement de procédure civile établit la « procédure selon laquelle toute disposition découlant de l'exécution d'un jugement étranger peut être consignée par la Haute cour aux fins d'exécution au sein d'un État ou territoire membre » [<i>traduction du Bureau Permanent</i>]<sup>32</sup>. La consignation de jugements étrangers dans la CECA ne peut avoir lieu que s'il existe une législation en vigueur dans les États membres concernant l'exécution réciproque des jugements. Par conséquent, il semble qu'un créancier sur jugement doit consigner le jugement avant que la CECA ne puisse procéder à son exécution dans l'État membre requis.</p> <p>Il ne semble pas que la Cour ait compétence pour exécuter elle-même les jugements étrangers.</p>
<p><i>Autre information nécessaire</i></p>	<p>La CECA dispose d'une compétence exclusive. Ainsi, il est peu probable qu'il y ait des procédures parallèles entre la CECA et les tribunaux nationaux sur des matières qui relèvent des compétences de la CECA.</p>

<sup>28</sup> Pour plus d'informations, veuillez consulter le site web de la CECA, à l'adresse <[www.eccourts.org](http://www.eccourts.org)>.

<sup>29</sup> Pour l'aperçu général de la CECA, voir *ibid.*

<sup>30</sup> Le Règlement de procédure civile CECA est disponible aussi (en anglais uniquement) sur le site web de la CECA.

<sup>31</sup> Le Règlement de la Cour d'appel est disponible aussi (en anglais uniquement) sur le site web de la CECA.

<sup>32</sup> Art. 72.1 à 72.9 (Partie 72) du Règlement de procédure civile.

<p><i>Name, location and relevant contact information of the common court</i></p>	<p><b>Eastern Caribbean Supreme Court (ECSC)</b></p> <p>2nd Floor Heraldine Rock Building Waterfront P.O. Box 1093 Castries Saint Lucia Tel: +1 758 457 3600 E-mail: offices@eccourts.org</p>
<p><i>A copy of the legal instrument that established the common court</i></p>	<p>Under the <i>West Indies Act of 1967</i>, the Organisation of Caribbean States and the United Kingdom outlined a “status of association”. Pursuant to section 6, a common court of the Associated States could be established by Her Majesty by Order of Council.</p> <p>The West Indies Associated States Supreme Court Order gave effect to section 6 of the <i>West Indies Act</i> and established a common court for the Associated States known as the “West Indies Associated States Supreme Court”. The West Indies Associated States Supreme Court is now styled as the Eastern Caribbean Supreme Court.</p>
<p><i>List of parties to the legal instrument</i></p>	<p>The Organisation of Eastern Caribbean States is a ten-member grouping of islands spread across the Eastern Caribbean. Together, they form a near-continuous archipelago across the eastern reaches of the Caribbean Sea. They comprise the Leeward Islands: Antigua and Barbuda, St. Kitts and Nevis, Montserrat, Anguilla and the British Virgin Islands; and the Windward Islands: Dominica, St. Lucia, St. Vincent and the Grenadines and Grenada and Martinique.</p>
<p><i>Jurisdiction and function of the common court</i></p>	<p>Subject to certain conditions, the ECSC has jurisdiction over civil cases.<sup>28</sup></p> <p>The ECSC consists of two divisions, a Court of Appeal and a High Court of Justice.<sup>29</sup> The rules of procedure of the court are set in the ECSC Civil Procedure Rules 2000, as amended from time to time.<sup>30</sup> The Court of Appeal Rules are contained separately.<sup>31</sup></p> <p>The Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine “any matter arising in any civil proceedings upon a case stated, or upon a question of law reserved by the High Court or by a judge”. This is, however, subject to “any power conferred in that behalf by a law in operation in that State”.</p> <p>Subject to certain exceptions, the Court of Appeal is empowered to “hear and determine the appeal from any judgment or Order of the High Court in all civil proceedings”. For the purposes of determining any issues incidental to an appeal and the remedies, execution, and enforcement of any judgment or order made thereto, the Court of Appeal is endowed with “all the powers, authority and jurisdiction of the High Court”.</p>
<p><i>Whether and how the common court could recognise and enforce judgments under the Convention</i></p>	<p>The ECSC Rules of Civil Procedure set forth the “[p]rocedure whereby under the provisions of any enactment a judgment of a foreign court or tribunal may be registered in the High Court for enforcement within a Member State or Territory”.<sup>32</sup> The registration of foreign judgments in the ECSC may only occur where there is an enactment in force in Member States relating to the reciprocal enforcement of judgments. Therefore, it seems that a judgment creditor needs to register the judgment before the ECSC proceeds for enforcement in the requested Member State.</p> <p>It does not appear that the court has jurisdiction to enforce foreign judgments itself.</p>
<p><i>Other necessary information</i></p>	<p>It appears that the ECSC has exclusive jurisdiction. Thus, it is unlikely that there will be a parallel proceeding between the ECSC and national courts in the matters that fall within the scope of the ECSC’s jurisdiction.</p>

<sup>28</sup> Further information is available on the ECSC website, at <www.eccourts.org>.

<sup>29</sup> For the general overview of the ECSC, see *ibid.*

<sup>30</sup> The ECSC Rules of Civil Procedure are also available on the ECSC website.

<sup>31</sup> The Court of Appeal Rules are also available on the ECSC website.

<sup>32</sup> Part 72, Arts 72.1-72.9 of the ECSC Rules of Civil Procedure.

<p><i>Nom, lieu et coordonnées pertinentes du tribunal commun</i></p>	<p><b>Cour de justice de la Communauté andine (<i>Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina</i>) (TJCA)</b></p> <p>Calle Portete E 11-27 y Gregorio Munga Quito Équateur Tél. : (593) 2 380-1980 Courrier électronique : <a href="mailto:secretaria@tribunalandino.org">secretaria@tribunalandino.org</a></p>
<p><i>Une copie de l'instrument juridique qui a créé le tribunal commun</i></p>	<p>Le Traité portant création de la Cour de justice de l'Accord de Carthagène (l'Accord d'intégration sous-régionale andine) a été signé le 28 mai 1979 et le Protocole de Cochabamba portant modification du Traité portant création de la Cour de justice a été signé le 29 mai 1996 (Protocole de Cochabamba, l'« Accord TJCA »).</p> <p>Les textes officiels des Traités et de l'Accord, ainsi que d'autres documents pertinents de la Communauté andine, sont disponibles (en anglais uniquement) sur le site web « Foreign Trade Information System » de l'Organisation des États Américains, à l'adresse &lt;<a href="http://www.sice.oas.org">www.sice.oas.org</a>&gt; (sous la rubrique « Agreements »).</p>
<p><i>Liste des parties à l'instrument juridique</i></p>	<p>Cinq États ont conclu l'Accord de Carthagène en 1969, créant ainsi une organisation sous-régionale d'intégration économique connue sous le nom de « Pacte andin ». Presque trois décennies plus tard, les États membres ont adopté un Protocole modifiant l'Accord de Carthagène (ci-après, le « Protocole de modification »), à l'origine de la Communauté andine<sup>33</sup>. La TJCA représente l'autorité judiciaire de cette Communauté.</p> <p>Le groupe se composait à l'origine de la Bolivie, le Chili, la Colombie, l'Équateur et le Pérou ; le Venezuela les a rejoint en 1973, avant de se retirer en 2006. Le Chili s'est retiré en 1977. Le Pérou a suspendu sa qualité de Membre en 1992, puis l'a reprise en 1997.</p>
<p><i>Compétences et fonctions du tribunal commun</i></p>	<p>La TJCA exerce sa compétence sur les litiges susceptibles de voir le jour du fait de l'application du droit de la Communauté andine<sup>34</sup>. Une partie du droit de la Communauté andine porte sur le droit de la propriété intellectuelle et le droit d'auteur, la TJCA est donc compétente en ces matières<sup>35</sup>.</p> <p>La TJCA exerce sa compétence sur trois types de recours : la requête en annulation, le recours en manquement et l'interprétation préliminaire de décisions, d'accords ou de tout autre instrument juridique des organes de la Communauté andine<sup>36</sup>. Sur l'ensemble des affaires impliquant un renvoi préjudiciel en vue de l'interprétation des lois andines, la majeure partie concerne des questions de propriété intellectuelle.</p>
<p><i>Capacité ou non du tribunal commun de reconnaître et d'exécuter des jugements au titre de la Convention et, dans l'affirmative, de quelle manière</i></p>	<p>Aucune disposition ne précise si la TJCA a le pouvoir d'exécuter des jugements étrangers.</p>
<p><i>Autre information nécessaire</i></p>	<p>La TJCA dispose d'une compétence exclusive sur les matières qui relèvent de sa compétence en vertu du Protocole de modification<sup>37</sup>. Ainsi, il n'y a aucun partage de compétence entre la TJCA et les États membres de la Communauté andine.</p>

<sup>33</sup> Le texte officiel de l'Accord d'intégration sous-régionale andine (l'Accord de Carthagène) détermine la structure et les compétences de la Communauté andine. L'art. 5 établit la Communauté andine. Comme le prescrit l'art. 48, il s'agit d'une organisation sous-régionale disposant d'une personnalité morale internationale ou d'un statut juridique international.

<sup>34</sup> Art. 47 de l'Accord de Carthagène.

<sup>35</sup> La liste des décisions rendues en matière de propriété intellectuelle est disponible sur le site web de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, à l'adresse <[www.wipo.int](http://www.wipo.int)>. La Décision No 486 établissant le Régime commun de la propriété intellectuelle mise en œuvre en 2000 représente l'un des principaux instruments. La TJCA statue sur l'interprétation des textes pertinents qui relèvent de sa compétence. Voir par ex. l'affaire No 43-IP-2014 (disponible en anglais uniquement). Cependant, en vertu de la Décision No 486, les litiges concernant la contrefaçon de brevets restent du ressort des autorités nationales et non de la TJCA (Décision No 486, Titre XV, chapitre 1, art. 238). Selon le Rapport annuel de la TJCA, en 2013, 265 des 273 affaires jugées par la TJCA portaient sur une interprétation préliminaire en matière de propriété intellectuelle. Le Rapport annuel est disponible (en anglais uniquement) sur le site web de la Cour de justice de la Communauté andine, à l'adresse <[tribunalandino.org.ec](http://tribunalandino.org.ec)>. Voir aussi L.R. Helfer *et al.*, « Islands of effective international adjudication: Constructing an intellectual property rule of law in the Andean Community », *American Journal of International Law*, vol. 103(1), 2009, p. 2, indiquant qu'environ 90 % de l'arrière des affaires de la TJCA concernent des questions de propriété intellectuelle.

<sup>36</sup> Art. 17 à 22 (annulation), 23 à 31 (manquement) et 32 à 36 (interprétation préliminaire) de l'Accord TJCA.

<sup>37</sup> Art. 42 (chapitre IV) de l'Accord TJCA : « Sauf disposition contraire expressée du Traité, les États membres ne peuvent présenter à aucun tribunal, un recours concernant l'application des dispositions portant sur l'ordre juridique du système andin, son système d'arbitrage ou ses procédures » [*traduction du Bureau Permanent*].



<p><i>Name, location and relevant contact information of the common court</i></p>	<p><b>The Court of Justice of the Andean Community (<i>Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina</i>) (TJCA)</b></p> <p>Calle Portete E 11-27 y Gregorio Munga          Quito          Ecuador          Tel.: (593) 2 380-1980          E-mail: secretaria@tribunalandino.org</p>
<p><i>A copy of the legal instrument that established the common court</i></p>	<p>The Treaty Creating the Court of Justice of the Cartagena Agreement (the Andean Subregional Integration Agreement) was signed on 28 May 1979, while the Protocol of Cochabamba Amending the Treaty Creating the Court of Justice was signed on 28 May 1996 (the Protocol of Cochabamba, referred to as the “TJCA Agreement”).</p> <p>Both treaties and the Official Codified Text of the Agreement, together with other relevant instruments of the Andean Community, are available on the “Foreign Trade Information System” website of the Organization of American States, at &lt;www.sice.oas.org&gt; (under “Agreements”).</p>
<p><i>List of parties to the legal instrument</i></p>	<p>Five States entered into the Cartagena Agreement in 1969, thereby creating a sub-regional economic integration organisation known as the “Andean Pact”. Almost three decades later, the Member States adopted the Modification Protocol to the Cartagena Agreement, which created the Andean Community (CAN, <i>Comunidad Andina</i>) (hereinafter, the “Modification Protocol”).<sup>33</sup> The TJCA is the judicial authority of the Andean Community.</p> <p>The group originally consisted of Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador and Peru; Venezuela joined in 1973 but withdrew in 2006, and Chile withdrew in 1977. Peru suspended its membership in 1992 but resumed it in 1997.</p>
<p><i>Jurisdiction and function of the common court</i></p>	<p>The TJCA has jurisdiction over disputes that may arise due to the application of Andean Community Law.<sup>34</sup> One part of the Andean Community Law concerns intellectual property rights and copyright and therefore the TJCA has jurisdiction over these areas of law.<sup>35</sup></p> <p>The TJCA has jurisdiction over three types of actions: the action of nullification, non-compliance, and pre-judicial interpretation over decisions, agreements and other legal instruments of the bodies of the Andean Community.<sup>36</sup> In the number of cases requesting preliminary rulings interpreting Andean laws, references from national courts in the Andean Community are overwhelmingly dominated by intellectual property issues.</p>
<p><i>Whether and how the common court could recognise and enforce judgments under the Convention</i></p>	<p>There is no provision on whether the TJCA has the power to enforce foreign judgments.</p>
<p><i>Other necessary information</i></p>	<p>The TJCA has exclusive jurisdiction over the subject matters assigned to it in the Modification Protocol,<sup>37</sup> and therefore there is no shared jurisdiction between the TJCA and the Andean Community Member States.</p>

<sup>33</sup> The Official Codified Text of the Andean Subregional Integration Agreement (Cartagena Agreement) defines the structure and competences of the Andean Community. Art. 5 establishes the Andean Community. As prescribed in Art. 48, the Community is a sub-regional organisation with international legal capacity or international legal status.

<sup>34</sup> Art. 47 of the Andean Agreement.

<sup>35</sup> The list of IP Decisions is available on the website of the World Intellectual Property Organization, at <www.wipo.int>. One of the main instruments is Decision No 486 Establishing the Common Industrial Property Regime enacted in 2000. The TJCA decides on the interpretation of the relevant acts within the scope of its jurisdiction. See, e.g., Case No 43-IP-2014. However, under Decision No 486, infringement disputes are left to national authorities, not the TJCA (Title XV, Chapter 1, Art. 238 of Decision No 486). According to the Annual Report of the TJCA, in 2013, 265 out of 273 cases that the TJCA heard are related to pre-judicial interpretation in IP matters. The Annual Report is available on the website of the Court of Justice of the Andean Community, at <tribunalandino.org.ec>. See also L.R. Helfer *et al.*, “Islands of effective international adjudication: Constructing an intellectual property rule of law in the Andean Community”, *American Journal of International Law*, Vol. 103(1), 2009, p. 2, stating that around 90% of the backlog of TJCA cases concern IP issues.

<sup>36</sup> Arts 17-22 (nullification), 23-31 (noncompliance) and 32-36 (pre-judicial interpretation) of the TJCA Agreement.

<sup>37</sup> Chapter IV, Art. 42 of the TJCA Agreement: “The Member Countries shall not submit any controversy that arises due to the application of the norms that make up the legal system of the Andean Community to any court, arbitration system or any procedure other than those contemplated in this Treaty.”

<p><i>Nom, lieu et coordonnées pertinentes du tribunal commun</i></p>	<p><b>Comité judiciaire du Conseil privé</b></p> <p>Parliament Square Londres SW1P 3BD Tél. : 020 7960 1500 DX 157230 Parliament Sq 4 Courrier électronique : <a href="mailto:enquiries@supremecourt.uk">enquiries@supremecourt.uk</a></p>
<p><i>Une copie de l'instrument juridique qui a créé le tribunal commun</i></p>	<p>Le Comité judiciaire du Conseil privé a officiellement été créé en 1833 par la <i>Loi de 1833 sur le Comité judiciaire</i>.</p> <p>Le texte de la Loi est disponible (en anglais uniquement) sur le site web du Royaume-Uni dédié à la législation, à l'adresse &lt;<a href="http://legislation.gov.uk">legislation.gov.uk</a>&gt;.</p>
<p><i>Liste des parties à l'instrument juridique</i></p>	<p>Le Comité judiciaire du Conseil privé agit comme une Cour d'appel de dernier ressort pour les territoires d'outre-mer du Royaume-Uni et les dépendances de la Couronne, ainsi que pour tout État du <i>Commonwealth</i> qui a choisi de conserver la possibilité d'appel au Conseil de la Reine, ou dans les cas des Républiques, devant le Comité judiciaire du Conseil privé<sup>38</sup>.</p>
<p><i>Compétences et fonctions du tribunal commun</i></p>	<p>Le Comité judiciaire du Conseil privé est compétent en matière internationale, constitutionnelle, civile ou pénale. Certaines affaires civiles portent sur des questions comme la juste interprétation de la « perte de l'intérêt majoritaire » dans une convention d'actionnariat, les circonstances dans lesquelles on peut lever le voile dissimulant l'entité, des questions relevant du droit de la concurrence, des délits et de la responsabilité<sup>39</sup>. La compétence du Comité judiciaire du Conseil privé requiert souvent que le tribunal national octroie une autorisation d'interjeter appel devant celui-ci. Le Comité judiciaire du Conseil privé jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire en acceptant un appel direct seulement dans les cas où un appelant éventuel n'obtient pas d'autorisation d'appel d'un tribunal inférieur<sup>40</sup>.</p> <p>Le Comité judiciaire du Conseil privé exerce les attributions d'une juridiction d'appel. Il peut entendre les appels des dépendances de la Couronne du Royaume-Uni, des territoires d'outre-mer et des bases étrangères souveraines du Royaume-Uni et des États du <i>Commonwealth</i>.</p> <p>Les appels du <i>Commonwealth</i> proviennent de juridictions du <i>Commonwealth</i> et la grande majorité des affaires tranchées par le Comité judiciaire du Conseil privé font référence à ce type d'appel. Depuis les années 1960, les appels du <i>Commonwealth</i> semblent être dominés par le droit des affaires et la protection des droits de propriété.</p>
<p><i>Capacité ou non du tribunal commun de reconnaître et d'exécuter des jugements au titre de la Convention et, dans l'affirmative, de quelle manière</i></p>	<p>Le Comité judiciaire du Conseil privé n'a qu'une compétence d'appel. Pour faire appel, l'autorisation doit être accordée par le tribunal inférieur. Il n'est pas compétent pour reconnaître et exécuter des jugements étrangers de sa propre initiative. Au contraire, le Comité judiciaire du Conseil privé est responsable de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers dans la mesure où la décision attaquée du tribunal national porte sur la question de la reconnaissance et de l'exécution<sup>41</sup>.</p>
<p><i>Autre information nécessaire</i></p>	<p>Le Comité judiciaire du Conseil privé est une cour d'appel statuant en dernier ressort des tribunaux nationaux participants et, par conséquent, ne partage pas cette compétence d'appel.</p>

<sup>38</sup> Plus d'informations sur les travaux et la structure du Comité judiciaire du Conseil privé sont disponibles sur son site web, à l'adresse <[www.jcpc.uk](http://www.jcpc.uk)>. Pour de plus amples renseignements sur le Conseil privé, sa structure et ses fonctions, voir Comité judiciaire des appels du Conseil privé, Livre blanc 2018 : ventilation des règles. Les États du *Commonwealth* comptent Antigua-et-Barbuda, les Bahamas, le Territoire britannique de l'Océan indien, les Îles Cook et Niue (États associés à la Nouvelle-Zélande), la Grenade, la Jamaïque, St.-Kitts-et-Nevis, Sainte-Lucie, St. Vincent-et-les-Grenadines et Tuvalu. L'on compte parmi les Républiques indépendantes membres du *Commonwealth* la République de Trinité-et-Tobago, le Commonwealth de Dominique, Kiribati et Maurice. Les dépendances de la Couronne sont Jersey, Guernesey et l'Île de Man. Les territoires d'outre-mer du Royaume-Uni sont : Anguilla, les Bermudes, le Territoire antarctique britannique, les Îles vierges britanniques, les Îles Caïman, les Îles Falkland, Gibraltar, Montserrat, les Îles de Pitcairn, St. Hélène, Ascension et Tristan da Cunha, les Îles Turques et Caïques. En outre, le Comité judiciaire du Conseil privé peut connaître d'appels concernant des bases étrangères souveraines à Chypre : Akrotiri et Dhekelia.

<sup>39</sup> Pour plus d'informations, voir la liste des affaires en cours, disponible (en anglais uniquement) sur le site web du Comité judiciaire du Conseil privé.

<sup>40</sup> Voir l'art. 10 du Règlement du Comité judiciaire (compétence d'appel) 2009, tel qu'amendé, disponible (en anglais uniquement) sur le site web du Comité judiciaire du Conseil privé.

<sup>41</sup> Voir, par ex., le jugement du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Viczaya Partners Limited (appellant) c. Picard and another (intimés) (Gibraltar)* [2016] UKPC 5, disponible (en anglais uniquement) sur le site web du Comité judiciaire du Conseil privé.

<i>Name, location and relevant contact information of the common court</i>	<b>Judicial Committee of the Privy Council (JCPC)</b>  Parliament Square London SW1P 3BD Tel: 020 7960 1500 DX 157230 Parliament Sq 4 E-mail: enquiries@supremecourt.uk
<i>A copy of the legal instrument that established the common court</i>	The JCPC was formally created in 1833 by the <i>Judicial Committee Act 1833</i> .  The text of the Act is available on the United Kingdom legislation website, at <legislation.gov.uk>.
<i>List of parties to the legal instrument</i>	The JCPC acts as the final court of appeal for the overseas territories of the United Kingdom (UK) and Crown Dependencies, and for any Commonwealth country that has retained an appeal to the Queen in Council or, in the case of Republics, to the JCPC. <sup>38</sup>
<i>Jurisdiction and function of the common court</i>	<p>The JCPC has jurisdiction over international, constitutional, civil or criminal cases. Some of the civil cases include questions such as the proper construction of the term “loss of the controlling interest” in a shareholders’ agreement, the circumstances in which the corporate veil can be pierced, issues concerning competition law, and torts and liabilities.<sup>39</sup> The jurisdiction of the JCPC is available subject to leave being granted by a national court. The JCPC enjoys some discretion in accepting a direct appeal only in situations where a potential appellant fails to be granted a leave of appeal from a lower court.<sup>40</sup></p> <p>The JCPC has an appellate function. The JCPC can hear appeals from the Crown Dependencies of the UK, overseas territories and sovereign bases of the UK, and Commonwealth countries.</p> <p>Commonwealth appeals are from Commonwealth jurisdictions and the vast majority of cases disposed by the JCPC refer to this type of appeal. Since the 1960s, Commonwealth appeals seem to be dominated by business law and protection of property rights.</p>
<i>Whether and how the common court could recognise and enforce judgments under the Convention</i>	The JCPC is conferred only with appellate jurisdiction. In order to appeal, leave must be granted by the lower court. It does not have jurisdiction to recognise and enforce foreign judgments of its own accord. Rather, the JCPC deals with the recognition and enforcement of a foreign judgment to the extent only that the appealed decision of a national court concerns this issue. <sup>41</sup>
<i>Other necessary information</i>	The JCPC is a court of final appeal from participating national courts and therefore it does not share that appellate jurisdiction.

<sup>38</sup> More information on the work and structure of the JCPC is available on its website, at <www.jcpc.uk>. For further information on the Privy Council, its structure and functions, see Judicial Committee of the Privy Council Appeals, White Book 2018: breakdown of the rules. The countries of the Commonwealth include Antigua and Barbuda, The Bahamas, British Indian Ocean Territory, Cook Islands and Niue (Associated States of New Zealand), Grenada, Jamaica, St Christopher and Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent and the Grenadines and Tuvalu. The independent republics within the Commonwealth include the Republic of Trinidad and Tobago, the Commonwealth of Dominica, Kiribati and Mauritius. The Crown dependencies are Jersey, Guernsey and the Isle of Man. The overseas territories of the UK are: Anguilla, Bermuda, British Antarctic Territory, British Virgin Islands, Cayman Islands, Falkland Islands, Gibraltar, Montserrat, Pitcairn Islands, St Helena, Ascension and Tristan da Cunha, Turks and Caicos Islands. Additionally, JCPC can hear appeals from sovereign base areas in Cyprus: Akrotiri and Dhekelia.

<sup>39</sup> For further information, see the list of pending cases on the JCPC website.

<sup>40</sup> See Art. 10 of the Judicial Committee (Appellate Jurisdiction) Rules 2009 – As amended, available on the JCPC website.

<sup>41</sup> See, e.g., JCPC Judgment in *Vizcaya Partners Limited (Appellant) v. Picard and another (Respondents) (Gibraltar)* [2016] UKPC 5, available on the JCPC website.

<p><i>Nom, lieu et coordonnées pertinentes du tribunal commun</i></p>	<p><b>Cour de justice Benelux</b></p> <p>Rue de la Régence 39 1000 Bruxelles Belgique Tél. : +32 (0)2 519 38 61 www.courbeneluxhof.int</p>
<p><i>Une copie de l'instrument juridique qui a créé le tribunal commun</i></p>	<p>En 1965, la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas ont signé le Traité relatif à l'institution et au Statut d'une Cour de Justice Benelux, qui est entré en vigueur le premier janvier 1974 (ci-après, le « Traité portant création de la Cour de justice Benelux »). Le Traité a établi la Cour de justice Benelux en qualité de tribunal international chargé principalement de promouvoir l'application uniforme des règles juridiques des États composant le Benelux dans plusieurs domaines<sup>42</sup>. La Cour est une institution de l'Union Benelux.</p> <p>Les textes du Traité consolidé et du Protocole y afférant sont disponibles à l'adresse &lt;www.courbeneluxhof.int&gt; (sous la rubrique « Documents de base »).</p>
<p><i>Liste des parties à l'instrument juridique</i></p>	<p>Belgique, Luxembourg et Pays-Bas</p>
<p><i>Compétences et fonctions du tribunal commun</i></p>	<p>En 2012, les États du Benelux ont signé un Protocole amendant le Traité portant création de la Cour de justice Benelux (ci-après, le « Protocole »), qui est entré en vigueur le premier décembre 2016. Ce Protocole élargit les pouvoirs de la Cour de justice Benelux<sup>43</sup>. En particulier, son article premier énonce qu'aux fins de l'application uniforme des règles juridiques communes dans les États du Benelux, la Cour est dotée a) des attributions pour connaître des questions d'interprétation des règles juridiques ; b) des attributions juridictionnelles ; c) des attributions consultatives<sup>44</sup>. Le « Traité consolidé » renvoie au Protocole et à tout amendement subséquent au Traité portant création de la Cour de justice Benelux.</p> <p>En 2014, le Protocole a été complété par des modifications de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle, avec effet au premier juin 2018. L'un des principaux changements apportés par ces modifications concerne l'extension de la compétence de la Cour de justice Benelux, notamment en ce qui concerne les actions directes dans certaines affaires de propriété intellectuelle, à savoir les marques et dessins et modèles Benelux, au lieu des tribunaux nationaux des trois États du Benelux. Les jugements rendus pourront ensuite faire l'objet d'un appel interjeté devant une autre chambre, mais uniquement sur des points de droit<sup>45</sup>.</p> <p>La Cour de justice Benelux est désormais la seule instance judiciaire de l'Union Benelux compétente pour connaître des recours contre la décision définitive de l'Office Benelux de la Propriété intellectuelle (OBPI) concernant l'enregistrement ou la validité de ces droits. La Cour de justice Benelux agira dans ces affaires en tant que tribunal de première instance (dans la Deuxième Chambre) et en tant que juridiction d'appel (dans la Première Chambre).</p> <p>En outre, la Cour a la possibilité d'exercer ses compétences dans d'autres domaines juridiques.</p> <p>La Cour de justice Benelux, dont le siège se trouve à Luxembourg, se compose des Première, Deuxième et Troisième Chambres<sup>46</sup>.</p> <p>La Première Chambre dispose d'une compétence spécifique pour connaître des questions préjudicielles renvoyées par les juridictions nationales des trois pays du Benelux sur l'interprétation du droit Benelux, ou pour donner un avis sur cette interprétation à la demande d'un des gouvernements de ces pays (veuillez noter que ces jugements ne</p>

<sup>42</sup> La présentation de la Cour de justice Benelux est disponible sur son site web, à l'adresse <courbeneluxhof.int>. Ces domaines comprennent le droit de la propriété intellectuelle (marques et marques de service, dessins et modèles), les assurances de responsabilité civile automobile, les astreintes, les visas, la perception des créances fiscales, la protection des oiseaux et le traitement fiscal équitable.

<sup>43</sup> Les États du Benelux ont amendé le Traité et rendu possible le transfert de compétence à la Cour de justice Benelux dans des matières spécifiques relevant du champ d'application du Règlement (UE) No 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), amendé pour régler son interaction avec le Traité. Voir Règlement (UE) No 542/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant modification du Règlement (UE) No 1215/2012 en ce qui concerne les règles à appliquer relatives à la juridiction unifiée du brevet et à la Cour de justice Benelux. Le Règlement est disponible sur le site web de l'UE « L'accès au droit de l'Union européenne », à l'adresse <eur-lex.europa.eu>.

<sup>44</sup> Art. 1<sup>er</sup> du Protocole de 2012 et art. 1(2) du Traité consolidé.

<sup>45</sup> Art. 9bis à 9quater.

<sup>46</sup> *Ibid.*, art. 4quinquies.

<p><i>Name, location and relevant contact information of the common court</i></p>	<p><b>Benelux Court of Justice</b></p> <p>Rue de la Régence 39 1000 Brussels Belgium Tel.: +32 (0)2 519 38 61 www.courbeneluxhof.int</p>
<p><i>A copy of the legal instrument that established the common court</i></p>	<p>In 1965, Belgium, Luxembourg and the Netherlands signed the Treaty on the Establishment and Statute of a Benelux Court of Justice, which entered into force on 1 January 1974 (hereinafter, the “Benelux Court of Justice Treaty”). The Benelux Court of Justice Treaty established the Benelux Court of Justice as an international court with the primary role to promote uniformity in the application of the legal rules of the Benelux countries in a wide range of fields.<sup>42</sup> The Court is an institution of the Benelux Union.</p> <p>The texts of the consolidated Treaty and the Protocol thereto are available (in French only) at &lt;www.courbeneluxhof.int&gt; (under “Documents de base”).</p>
<p><i>List of parties to the legal instrument</i></p>	<p>Belgium, Luxembourg and the Netherlands</p>
<p><i>Jurisdiction and function of the common court</i></p>	<p>In 2012, the Benelux countries signed the Protocol amending the Benelux Court of Justice Treaty, which entered into force on 1 December 2016 (hereinafter, the “Protocol”). The Protocol expanded the powers of the Benelux Court of Justice.<sup>43</sup> In particular, Article 1 of the Protocol states that, in order to ensure the uniform application of the legal rules common to the Benelux countries, the court shall have: a) powers to deal with questions on the interpretation of legal rules; b) jurisdictional powers; c) advisory functions.<sup>44</sup> The Protocol and other amendments to the Benelux Court of Justice Treaty shall hereinafter be referred to as the “Consolidated Treaty”.</p> <p>In 2014, the Protocol was supplemented by modifications in the Benelux Convention on Intellectual Property, effective on 1 June 2018. One of the main changes brought by these modifications relates to the extension of the jurisdiction of the Benelux Court of Justice, to deal notably with direct actions in certain intellectual property cases, namely Benelux trademark and designs, instead of the national courts of the three Benelux States. These judgments will be subject to appeal to another chamber, but only on points of law.<sup>45</sup></p> <p>The Benelux Court of Justice is now the sole judicial body in the Benelux Union with jurisdiction to hear appeals against the final decision of the Benelux Office for Intellectual Property (BOIP) on the registration or validity of these rights. The Benelux Court of Justice will act in these cases both as a first instance court (in the Second Chamber) and as a court having appellate functions (the First Chamber).</p> <p>In addition, there is a possibility of this jurisdiction to be exercised in other areas of law.</p> <p>The Benelux Court of Justice has its seat in Luxemburg and consists of the First, Second and Third Chambers.<sup>46</sup></p> <p>The First Chamber has specific competence to deal with preliminary questions referred by national courts from the three Benelux countries on the interpretation of Benelux law, or to give advice on such interpretation at the request of one of the governments of these countries (please note that such judgments fall outside the scope of</p>

<sup>42</sup> The presentation of the Benelux Court of Justice is available on its website, at <courbeneluxhof.int>. The types of matters include intellectual property law (trade-marks and service marks, designs and models), motor vehicle liability insurance, penalty payments, visas, collection of tax claims, protection of birds and equal tax treatment.

<sup>43</sup> The Benelux countries amended the Treaty and made it possible to transfer jurisdiction to the Benelux Court of Justice in specific matters falling within the scope of Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), which was amended to regulate the relationship between the Treaty and the Regulation. See Regulation (EU) No 542/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 amending Regulation (EU) No 1215/2012 as regards the rules to be applied with respect to the Unified Patent Court and the Benelux Court of Justice. The Regulation is available on the EU’s “Access to European law” website, at <eur-lex.europa.eu>.

<sup>44</sup> Art. 1 of the 2012 Protocol and Art. 1(2) of the Consolidated Treaty.

<sup>45</sup> *Ibid.*, Arts 9bis-9quater.

<sup>46</sup> *Ibid.*, Art. 4quinquies.

	relèvent pas du champ d'application du projet de Convention). La Première Chambre remplit des attributions d'une juridiction d'appel pour les jugements rendus par la Deuxième Chambre, qui traite des actions directes contre la décision finale de l'OBPI. La Troisième Chambre traite des affaires de personnel, pour le personnel du Secrétariat général du Benelux ou de l'OBPI (veuillez noter que ces jugements ne relèvent pas du champ d'application du projet de Convention).
<i>Capacité ou non du tribunal commun de reconnaître et d'exécuter des jugements au titre de la Convention et, dans l'affirmative, de quelle manière</i>	Étant donné que la Cour est compétente en matière d'examen préliminaire et d'appel sur des points de droit en matière de propriété intellectuelle, elle ne semble pas être compétente pour reconnaître ou exécuter des jugements étrangers en vertu du projet de Convention.
<i>Autre information nécessaire</i>	Le Traité et ses Protocoles ne contiennent aucune disposition concernant des procédures parallèles entre la Cour de justice Benelux et les tribunaux nationaux pertinents.

	the draft Convention). The First Chamber has appellate functions for judgments rendered by the Second Chamber, which deals with direct actions against final decision of the BOIP. The Third Chamber deals with staff cases, for personnel of the Benelux Secretariat-General or of the BOIP (please note that such judgments fall outside the scope of the draft Convention).
<i>Whether and how the common court could recognise and enforce judgments under the Convention</i>	As the Court's competence is in the field of preliminary review, and appeal on points of law in IP matters, it does not appear to have the competence to recognise or enforce foreign judgments under the draft Convention.
<i>Other necessary information</i>	The Treaty and its Protocols do not contain rules on parallel proceedings between the Benelux Court of Justice and relevant national courts.

<i>Nom, lieu et coordonnées pertinentes du tribunal commun</i>	<b>Future Juridiction unifiée du brevet<sup>47</sup></b>
<i>Une copie de l'instrument juridique qui a créé le tribunal commun</i>	Le texte de l'Accord portant création d'une Juridiction unifiée du brevet (ci-après, l'« Accord ») est disponible sur le site web de l'UE « L'accès au droit de l'Union européenne », à l'adresse <eur-lex.europa.eu>.
<i>Liste des parties à l'instrument juridique</i>	<p>L'Accord portant création d'une Juridiction unifiée du brevet établira la Juridiction unifiée du brevet comme tribunal commun à tous les États membres de l'UE Parties à l'Accord<sup>48</sup>. Cet Accord est ouvert à la signature de tous les États membres de l'UE et, à ce jour, il a été signé par tous, à l'exception de la Croatie, de l'Espagne et de la Pologne. La Juridiction unifiée du brevet sera commune à tous les États membres contractants de l'UE et peut donc être considérée comme faisant partie de leur système judiciaire national. L'Accord entrera en vigueur, et donc, commencera à fonctionner, dès que 13 États membres contractants de l'UE (dont l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni) auront ratifié l'accord ou y auront adhéré. À ce jour (mars 2019), il y a déjà plus de 13 ratifications, dont la France et le Royaume-Uni. Par conséquent, trois mois après la ratification de l'accord par l'Allemagne, la Juridiction unifiée du brevet entrera en vigueur dans les États membres de l'UE qui ont notifié leur ratification de l'Accord.</p> <p>La Juridiction unifiée du brevet fournira des services spécialisés de résolution des litiges civils en matière de contrefaçon et de révocation de brevets européens et de brevets européens à effet unitaire<sup>49</sup>. Les brevets européens à effet unitaire sont un nouveau système qui assurera la protection unitaire des brevets dans tous les États membres de l'UE qui ont ratifié l'Accord. En outre, la Juridiction traitera des litiges civils concernant les certificats complémentaires de protection et les demandes de brevet européen.</p>
<i>Compétences et fonctions du tribunal commun</i>	<p>La Juridiction unifiée du brevet aura compétence exclusive pour les actions en contrefaçon, les mesures provisoires et conservatoires et les injonctions, les dommages-intérêts ou indemnités découlant de mesures conservatoires provisoires et les actions concernant le droit d'utilisation préalable<sup>50</sup>. Dans de tels cas, une action peut être intentée devant la division locale/régionale du Tribunal de première instance de la Juridiction unifiée du brevet où l'infraction a eu lieu ou pourrait avoir lieu, ou où le défendeur a sa résidence ou son siège social. Si le défendeur n'a pas de résidence ou d'établissement dans un État membre contractant de l'UE, l'action peut être portée devant la division locale/régionale où l'infraction a eu lieu ou devant la division centrale. Si l'État membre de l'UE contractant en question n'abrite pas de division locale/régionale, l'action peut être portée devant la division centrale<sup>51</sup>.</p> <p>Les actions en nullité ou en non-contrefaçon d'un brevet sont généralement portées devant la division centrale, sauf lorsqu'une affaire entre les mêmes parties relative à une contrefaçon du même brevet est déjà en instance devant une division locale/régionale. Les actions concernant une décision de l'Office européen des brevets dans l'exécution de tâches relatives au brevet européen à effet unitaire sont portées devant la division centrale.</p> <p>En ce qui concerne les demandes reconventionnelles en nullité de brevet introduites devant la division locale/régionale dans le cadre d'actions en contrefaçon en cours, l'Accord prévoit différentes situations possibles : soit la division locale/régionale poursuit les deux actions, soit elle décide de renvoyer la demande reconventionnelle à la division centrale et poursuit ou suspend les actions en contrefaçon ou enfin, avec l'accord des parties elle peut renvoyer les deux actions à la division centrale<sup>52</sup>.</p>

<sup>47</sup> Pour plus d'informations sur la manière dont les dispositions du projet de Convention relatives aux tribunaux communs s'appliqueraient aux décisions rendues par la Juridiction unifiée du brevet, voir le Document UE de 2018, section III c.

<sup>48</sup> Art. 1 de l'Accord portant création d'une Juridiction unifiée du brevet.

<sup>49</sup> En vertu de l'art. 3, le champ d'application de l'Accord a trait : aux brevets européens, aux brevets européens à effet unitaire, aux brevets européens qui n'ont pas encore expiré à la date d'entrée en vigueur de l'Accord ou qui ont été accordés après cette date, aux certificats de protection supplémentaire émis pour un produit protégé par un brevet et les demandes de brevet européen. Les domaines de compétence exclusive de la Juridiction unifiée du brevet sont déterminés à l'art. 32 de l'Accord. En qualité de tribunal commun, la Juridiction unifiée du brevet se doit de respecter et d'appliquer le droit de l'UE et, en collaboration avec la CJUE, de garantir son application juste et son interprétation uniforme. La Juridiction unifiée du brevet aura notamment les mêmes obligations qu'un tribunal national en matière de renvoi préjudiciel en application de l'art. 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

<sup>50</sup> Art. 32(1) de l'Accord.

<sup>51</sup> *Ibid.*, art. 33(1).

<sup>52</sup> *Ibid.*, art. 33(3).



<i>Name, location and relevant contact information of the common court</i>	<b>The future Unified Patent Court (UPC)</b> <sup>47</sup>
<i>A copy of the legal instrument that established the common court</i>	The text of the Agreement on a Unified Patent Court (hereinafter, the “UPC Agreement”) is available on the Unified Patent Court website, at <unified-patent-court.org>.
<i>List of parties to the legal instrument</i>	<p>The UPC Agreement will establish the UPC as a common court to the Contracting Member States of the EU.<sup>48</sup> This Agreement is open for signature by all EU Member States and to date has been signed by all of them except for Croatia, Poland and Spain. The Court will be common to all Contracting EU Member States and thus can be considered as being part of their national judicial systems. The Agreement will enter into force, and thus the UPC will start functioning, once 13 Contracting EU Member States (among them France, Germany and the United Kingdom) have ratified or acceded to the Agreement. To date (March 2019) there are already more than 13 ratifications, including France and the United Kingdom. Therefore, three months after Germany ratifies the UPC Agreement the Unified Patent Court will enter into force in the EU Member States that notified their ratification of the Agreement.</p> <p>The UPC will provide specialised dispute resolution in civil litigation on infringement and revocation matters related to European patents and European patents with unitary effect.<sup>49</sup> European patents with unitary effect is a new system that will provide unitary patent protection in all EU Member States that have ratified the UPC Agreement. In addition, the Court will deal with civil litigation concerning supplementary protection certificates and for European patent applications.</p>
<i>Jurisdiction and function of the common court</i>	<p>The UPC will have exclusive jurisdiction in actions for or relating to infringement, provisional and protective measures and injunctions, damages or compensation derived from provisional protection measures, and actions concerning the right of prior use.<sup>50</sup> In such cases action may be brought before the local/regional division of the UPC Court of First Instance (the “UPC-CFI”) where either the infringement took place or may take place, or where the defendant has its residence or place of business. If the defendant does not have residence or place of business in a Contracting EU Member State then the action may be brought before the local/regional division where the infringement took place or before the central division. If the Contracting EU Member State in question does not host a local/regional division, then the action may be brought before the central division.<sup>51</sup></p> <p>Actions for revocation or non-infringement of a patent shall generally be brought before the central division, except where a case between the same parties related to an infringement of the same patent is already pending before a local/regional division. Actions concerning a decision of the European Patent Office when performing tasks relating to the European patent with unitary effect shall be brought before the central division.</p> <p>With regard to counterclaims for revocation of patents brought before the local/regional division in pending infringement actions, the UPC Agreement foresees different possible situations: either the local/regional division proceeds with both actions or it may decide to refer the counterclaim to the central division and proceed with or suspend the infringement actions or, finally, with the agreement of the parties it may refer both actions to the central division.<sup>52</sup></p>

<sup>47</sup> For information on how the common courts provisions under the draft Convention would apply to judgments delivered by the UPC, see the 2018 EU Document, Section III c.

<sup>48</sup> Art. 1 of the UPC Agreement.

<sup>49</sup> Under Art. 3, the scope of the UPC Agreement includes: European patents, European patents with unitary effect, European patents which have not yet lapsed at the date of entry into force of the Agreement or were granted after that date, supplementary protection certificates issued for a product protected by a patent and European patent applications. The area of exclusive competence of the UPC is specified in Art. 32 of the UPC Agreement. As a common court, the UPC must respect and apply EU law and together with the CJEU ensure its correct application and uniform interpretation. The UPC will in particular have the same obligation as any national court to request preliminary rulings in accordance with Art. 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

<sup>50</sup> Art. 32(1) of the UPC Agreement.

<sup>51</sup> *Ibid.*, Art. 33(1).

<sup>52</sup> *Ibid.*, Art. 33(3).

	<p>L'article 32(1) de l'Accord en définit la compétence exclusive ; elle porte, entre autres, sur les actions intentées pour toute contrefaçon survenue ou imminente ou toute question connexe, les actions intentées en constatation de non-contrefaçon, les actions aux fins d'obtention de mesures provisoires, de protection ou d'injonctions, ainsi que les actions en révocation et les demandes reconventionnelles en révocation<sup>53</sup>.</p> <p>En termes structurels, la Juridiction unifiée du brevet se composera d'un Tribunal de première instance, d'une Cour d'appel et d'un Greffe<sup>54</sup>.</p> <p>Le Tribunal de première instance de la Juridiction unifiée du brevet sera organisé de manière décentralisée et comprendra une division centrale située à Paris avec des sections à Londres (traitant des affaires concernant les besoins humains, la chimie et la métallurgie) et à Munich (traitant des affaires concernant le génie mécanique, l'éclairage, le chauffage, les armes et le dynamitage), ainsi que les divisions locales et régionales. Chaque État membre contractant de l'UE peut demander à la Juridiction unifiée du brevet la création d'une division locale du Tribunal de première instance de la Juridiction unifiée du brevet (éventuellement jusqu'à quatre selon le nombre d'affaires de brevets enregistrées dans cet État avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord) ou une division régionale avec un ou plusieurs États contractants.</p> <p>Les jugements rendus par le Tribunal de première instance de la Juridiction unifiée du brevet peuvent faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel de la Juridiction unifiée du brevet sur des questions de droit ou de fait. Cette Cour aura son siège à Luxembourg.</p>
<p><i>Capacité ou non du tribunal commun de reconnaître et d'exécuter des jugements au titre de la Convention et, dans l'affirmative, de quelle manière</i></p>	<p>L'Accord instituant la Juridiction unifiée du brevet prévoit que sa compétence internationale sera établie sur la base du Règlement (UE) No 1215/2012 (Règlement concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte)) et, le cas échéant, de la <i>Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale</i>, faite à Lugano le 30 octobre 2007 (Convention de Lugano)<sup>55</sup>. Ces traités pertinents n'énoncent aucune règle concernant la reconnaissance et l'exécution d'un jugement rendu par le tribunal d'un État hors UE.</p>
<p><i>Autre information nécessaire</i></p>	<p>Les tribunaux nationaux délèguent leurs pouvoirs judiciaires à la Juridiction unifiée du brevet et il n'y a, en principe, aucun partage de compétence entre la Juridiction unifiée du brevet et les tribunaux nationaux. Comme l'indique l'article 32(2) de l'Accord portant création d'une Juridiction unifiée du brevet, « [l]es juridictions nationales des États membres contractants demeurent compétentes pour les actions relatives aux brevets et aux certificats complémentaires de protection qui ne relèvent pas de la compétence exclusive de la Juridiction »<sup>56</sup>.</p> <p>Cependant, la situation sera différente lors de la période de transition, puisqu'une « action en contrefaçon ou en nullité d'un brevet européen, ou une action en contrefaçon ou une demande en nullité d'un certificat complémentaire de protection délivré pour un produit protégé par un brevet européen, peut encore être engagée devant les juridictions nationales ou d'autres autorités nationales compétentes »<sup>57</sup>. La période de transition est de sept ans, à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord, qui peut être prorogée une fois de sept ans au maximum. En outre, conformément à l'article 83(3) de l'Accord, les demandeurs ou détenteurs de brevets peuvent choisir de s'affranchir de la compétence exclusive de la Juridiction unifiée du brevet, sauf si une action a déjà été engagée devant la Juridiction unifiée du brevet<sup>58</sup>. Cette possibilité d'<i>opt-out</i> n'existe pas en ce qui concerne les brevets européens à effet unitaire.</p>

<sup>53</sup> *Ibid.*, art. 32.

<sup>54</sup> *Ibid.*, art. 6.

<sup>55</sup> *Ibid.*, art. 31.

<sup>56</sup> *Ibid.*, art. 32(2).

<sup>57</sup> *Ibid.*, art. 83(1).

<sup>58</sup> *Ibid.*, art. 83(3).

	<p>Article 32(1) of the UPC Agreement defines the exclusive competence of the UPC; among other things, it includes actions for actual or threatened infringements and related defences, actions for declarations of non-infringement, actions for provisional and protective measures and injunctions, as well as actions for revocation and counterclaims for revocation.<sup>53</sup></p> <p>Structurally, the UPC will consist of the UPC-CFI, a Court of Appeal and a Registry.<sup>54</sup></p> <p>The UPC-CFI will be organised in a decentralised way and will include a central division located in Paris with sections in London, dealing with cases concerning human necessities, chemistry and metallurgy, and in Munich, dealing with cases concerning mechanical engineering, lighting, heating, weapons and blasting, as well as local and regional divisions. Each Contracting EU Member State may request from the UPC the setting up of a local division of the UPC-CFI (possibly up to four depending on the number of patent cases registered in that State before the date of the entry into force of the UPC Agreement) or a regional division together with one or several Contracting States.</p> <p>An appeal from the judgments issued by the UPC-CFI may be brought on points of law or on matters of fact before the UPC Court of Appeal. This Court will be seated in Luxembourg.</p>
<p><i>Whether and how the common court could recognise and enforce judgments under the Convention</i></p>	<p>The Agreement establishing the UPC provides that its international jurisdiction shall be established on the basis of Regulation (EU) No 1215/2012 (Regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)) and, where applicable, the <i>Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters</i>, done at Lugano on 30 October 2007 (Lugano Convention).<sup>55</sup> These treaties do not provide rules on the recognition and enforcement of a judgment given by a court of a non-EU Member State.</p>
<p><i>Other necessary information</i></p>	<p>National courts delegate their judicial powers to the UPC and there would, in general, be no shared jurisdiction between the UPC and national courts. As stated in Article 32(2) of the UPC Agreement, “[t]he national courts of the Contracting Member States shall remain competent for actions relating to patents and supplementary protection certificates which do not come within the exclusive competence of the Court”.<sup>56</sup></p> <p>However, the situation would be different during the transitional period, as “an action for infringement or for revocation of a European patent or an action for infringement or for declaration of invalidity of a supplementary protection certificate issued for a product protected by a European patent may still be brought before national courts or other competent national authorities”.<sup>57</sup> The transition period is seven years, starting from the date of entry into force of the UPC Agreement, which may be extended once by up to seven years. Moreover, in accordance with Article 83(3) of the UPC Agreement, patent applicants/holders may decide to opt out from the exclusive jurisdiction of the UPC, unless an action has already been commenced before the UPC.<sup>58</sup> No such possibility to opt out exists with regard to the European patents with unitary effect.</p>

<sup>53</sup> *Ibid.*, Art. 32.

<sup>54</sup> *Ibid.*, Art. 6.

<sup>55</sup> *Ibid.*, Art. 31.

<sup>56</sup> *Ibid.*, Art. 32(2).

<sup>57</sup> *Ibid.*, Art. 83(1).

<sup>58</sup> *Ibid.*, Art. 83(3).

## Document explicatif sur la nature et le fonctionnement des tribunaux communs au sein de l'Union européenne

Préparé par l'Union européenne

### I. INTRODUCTION

1. Dans le cadre du projet sur les Jugements, la question des tribunaux communs a été examinée à plusieurs reprises. Lors de la Quatrième réunion de la Commission spéciale qui s'est tenue à La Haye du 24 au 29 mai 2018, il a été décidé d'introduire entre crochets deux textes alternatifs à l'article 4(5) du projet de Convention, dont l'objet est de traiter de la reconnaissance et de l'exécution des jugements rendus par les tribunaux communs<sup>1</sup>. Les deux textes alternatifs sont pour l'essentiel similaires, à la différence notable qu'une version est suivie d'un alinéa (6) contenant des possibilités de déclarations *opt-in* ou *opt-out*.

2. Parallèlement, étant donné que des questions subsistaient quant à la nature et au fonctionnement des tribunaux communs, et quant à l'application du texte dans la pratique, la Commission spéciale a opté pour que les travaux sur cette question se poursuivent avant la tenue de la Session diplomatique dans le cadre d'un groupe de travail informel. Les membres de ce groupe de travail informel ont été encouragés à partager des informations et des exemples spécifiques sur cette question. Par le présent document explicatif, l'Union européenne souhaite clarifier, en ce qui concerne les tribunaux communs, plusieurs aspects qui, de son point de vue, seraient pertinents pour l'application de cette disposition. Il s'agit de la Juridiction unifiée du brevet et de la Cour de justice Benelux.

3. En ce qui concerne la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, la « CJUE »), le présent document présentera la Cour, y compris sa compétence, et expliquera les raisons pour lesquelles ses jugements devraient, à notre avis, circuler dans le cadre de la future Convention comme tout autre jugement national, plutôt que comme des jugements rendus par un tribunal commun.

### II. COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE)

#### a. Contexte

4. La CJUE est l'une des institutions clés de l'Union européenne, la seule exerçant des fonctions judiciaires. Sa création, les caractéristiques essentielles de son organisation et sa compétence sont définies dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, le « TFUE »), aux articles 251 à 281. Le statut de la Cour de justice de l'Union européenne, qui contient des règles plus spécifiques concernant l'organisation de la Cour ainsi que certains principes fondamentaux de la procédure devant la Cour, est annexé au Protocole No 3 aux traités<sup>2</sup>. Pour l'Union européenne, les traités établissent son fondement et les principales caractéristiques de son fonctionnement et, en tant que tels, ont une valeur constitutionnelle.

5. La CJUE a deux niveaux de compétence, la Cour de justice (niveau supérieur) et le Tribunal (niveau inférieur). Le Tribunal sera toujours le tribunal de première instance tandis que la Cour de justice exerce des attributions d'une juridiction d'appel en ce qui concerne les jugements rendus par le Tribunal, mais aussi des compétences de première instance dans des affaires spécifiques, qui sont énumérées ci-dessous au point (b). Dans ces derniers cas, les jugements ne sont pas susceptibles d'appel.

6. La Cour de justice est composée de 28 juges (chaque État membre nomme un juge) et de 11 avocats généraux, qui ont essentiellement un rôle consultatif et assistent la Cour tandis que le Tribunal est actuellement composé de 47 juges et devrait atteindre 56 juges au premier septembre 2019 (deux juges par État membre<sup>3</sup>).

7. La procédure spécifique à suivre dans les affaires portées devant ces deux juridictions est définie dans leur règlement intérieur respectif. L'égalité des armes entre les parties et le droit à un procès équitable sont des principes procéduraux fondamentaux devant ces deux juridictions. Depuis sa création en 1951<sup>4</sup>, la Cour de justice a tranché des milliers d'affaires. Dans ses jugements, elle se réfère régulièrement aux traités internationaux sur la protection des droits de l'homme auxquels les États membres de l'UE sont devenus Parties. Par sa jurisprudence, la Cour a contribué à améliorer la protection des droits fondamentaux. En outre, depuis 2009, année où la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a été reconnue comme ayant valeur de traité, la Cour examine régulièrement ces normes dans ses jugements, y compris l'article 47 de la Charte qui prévoit le droit à un recours effectif et à un procès équitable<sup>5</sup>.

#### b. Compétence

##### i. La Cour de justice

8. La Cour de justice, la juridiction de niveau supérieur de la CJUE, est compétente dans un certain nombre de cas spécifiques, énumérés clairement dans le TFUE :

- L'une des principales tâches de la Cour (mais non pertinente dans le contexte de la Convention Jugements) est d'interpréter le droit de l'Union européenne. Elle le fait par le biais d'un mécanisme dit de renvoi préjudiciel, dans le cadre duquel la Cour est saisie par les juridictions nationales de questions d'interprétation du droit européen qui se posent dans les affaires nationales pendantes. La Cour de justice ne statue pas sur l'affaire proprement dite. Après que la Cour a rendu son jugement, l'affaire est reprise au niveau national et le jugement dans l'affaire en cause est rendu par la juridiction nationale, en tenant dûment compte du jugement en interprétation de la Cour de justice ;

<sup>3</sup> Toutefois, dans la mesure où l'Union européenne comptera à cette date 27 États membres, il y aura 54 juges.

<sup>4</sup> La Cour de justice a d'abord été créée en 1951 sous le nom de Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, qui est devenue en 1958 la Cour de justice des Communautés européennes, pour finalement devenir la Cour de justice de l'Union européenne en 2009.

<sup>5</sup> L'art. 47 de la Charte se lit comme suit :

« Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.

Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice. »

<sup>1</sup> Voir « Aide-mémoire du Président de la Commission spéciale », Quatrième réunion de la Commission spéciale sur le projet Jugements (du 24 au 29 mai 2018) [op. cit. note 11 du document principal ci-dessus], para. 14.

<sup>2</sup> Il s'agit notamment du TFUE, du Traité sur l'Union européenne (ci-après, le « TUE ») et du Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (ci-après, l'« EURATOM »).

## Explanatory paper on the nature and workings of common courts in the European Union

Prepared by the European Union

### I. INTRODUCTION

1. In the framework of the Judgments Project the issue of common courts was discussed on several occasions. At the Fourth Meeting of the Special Commission that took place in The Hague between 24 and 29 May 2018 it has been decided to introduce between square brackets two alternative texts in Article 4(5) of the draft Convention, the purpose of which is to deal with the recognition and enforcement of judgments issued by common courts<sup>1</sup>. The two alternative texts are substantially similar, with the notable difference that one version is followed by sub-paragraph (6) containing possibilities for either opt-in or opt-out declarations.

2. At the same time, as questions remained in relation to the nature and the functioning of common courts, as well as with regard to the application of the text in practice, the Special Commission envisaged that work on this matter will continue ahead of the Diplomatic Session in the framework of an informal working group. Members of this informal working group were encouraged to share information and specific examples in relation to this matter. The European Union, through this explanatory paper, would like to clarify several aspects in relation to those common courts which would be relevant from its perspective in the application of this provision. These courts are the Unified Patent Court (hereinafter the “UPC”) and the Benelux Court of Justice (hereinafter the “Benelux Court”).

3. With regard to the Court of Justice of the European Union (hereinafter the “CJEU”), this paper will present the court, including its jurisdiction, and will explain the reasons why its judgments should in our view circulate under the future Convention just like any other national judgments, rather than as judgments issued by a common court.

### II. THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

#### a. Background

4. The Court of Justice of the European Union (CJEU) is one of the key institutions of the European Union, the only one having judicial functions. Its establishment, the key features of its organisation and its jurisdiction are set out in the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter “TFEU”), in Articles 251-281. The Statute of the Court of Justice of the European Union, which contains more specific rules on the organisation of the Court as well as certain basic principles of the procedure before the Court, is annexed in Protocol No 3 to the treaties<sup>2</sup>. For the European Union, the treaties lay down its foundation and the key features of its functioning and, as such, have constitutional value.

<sup>1</sup> See “*Aide memoire* of the Chair of the Special Commission”, Fourth Meeting of the Special Commission on the Judgments Project (24-29 May 2018) [*op. cit.* note 11 of the main document above], para. 14.

<sup>2</sup> Included here are the TFEU, the Treaty on European Union (“TEU”) and the Treaty establishing the European Atomic Energy Community (“EURATOM”).

5. The CJEU has two levels of jurisdiction, the Court of Justice (the upper level) and the General Court (the lower level). The General Court will always act as the court of first instance, while the Court of Justice has appellate functions with regard to the judgments issued by the General Court, but also first instance jurisdiction in specific cases, to be listed below under point (b). In the latter cases the judgments cannot be appealed.

6. The Court of Justice is composed of 28 judges (each Member State appoints one judge) and 11 Advocates General, who have essentially an advisory role and assist the Court, while the General Court is composed currently of 47 judges and is scheduled to reach 56 judges by 1 September 2019 (two judges per Member State<sup>3</sup>).

7. The specific procedure to be followed in cases lodged before the two jurisdictions is set out in their respective Rules of Procedure. The equality of arms between parties and the right to a fair hearing are key procedural principles before the two jurisdictions. Since its creation in 1951<sup>4</sup>, the Court of Justice has tried thousands of cases. In its judgments, it refers regularly to international treaties on the protection of human rights to which EU Member States have become Parties. Through its case law, the Court has helped improving the protection of fundamental rights. Moreover, since 2009, when the Charter of Fundamental Rights of the European Union was recognised as having treaty value, the Court looks regularly at these standards in its judgments, including at Article 47 of the Charter which provides for the right to an effective remedy and to a fair trial<sup>5</sup>.

#### b. Jurisdiction

##### i. The Court of Justice

8. The Court of Justice, the upper level jurisdiction at the CJEU, has jurisdiction in a number of specific cases, listed clearly in the TFEU:

- One of the main tasks of the Court – but not relevant in the context of the Judgments Convention – is to interpret European Union law. It does so through a mechanism of so-called preliminary rulings, where the court is seised by national courts with questions of interpretation of EU law that come up in pending national cases. The Court of Justice does not decide the case as such. After the Court gives its ruling, the case at the national level is resumed and the judgment in the actual case is given by the national court, paying due regard to the interpretative judgment of the Court of Justice;

<sup>3</sup> However, to the extent that on that date the European Union will count 27 Member States, there will be 54 judges.

<sup>4</sup> The Court of Justice was created in 1951 first as the Court of Justice of the European Coal and Steel Community, which became in 1958 the Court of Justice of the European Communities, eventually to become the Court of Justice of the European Union in 2009.

<sup>5</sup> Article 47 of the Charter reads as follows:

“Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article.

Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal previously established by law. Everyone shall have the possibility of being advised, defended and represented.

Legal aid shall be made available to those who lack sufficient resources in so far as such aid is necessary to ensure effective access to justice.”

- La Cour est également compétente pour connaître des recours en manquement formés par les États membres de l'Union pour manquement aux obligations découlant du droit européen (par ex., la bonne application du droit de l'Union au niveau national). Dans ce cas, les recours peuvent être introduits soit par la Commission européenne, soit par un autre État membre ;
- La Cour peut statuer sur les recours en annulation d'un acte de l'Union, lorsque l'affaire est introduite par un État membre de l'UE contre le Parlement européen et/ou le Conseil de l'Union européenne<sup>6</sup> ou lorsque l'affaire oppose deux institutions européennes ;
- Les recours en carence contre une institution de l'UE relèvent également de la compétence de la Cour, dans les mêmes situations que celles décrites ci-dessus pour les recours en annulation<sup>7</sup> ;
- Enfin, la Cour est compétente pour connaître des pourvois formés contre des jugements rendus en première instance par le Tribunal. Cela inclut l'appel dans toutes les situations qui peuvent entrer dans le champ d'application de la Convention Jugements, comme décrit ci-dessous lorsque la compétence du Tribunal est présentée.

9. Parmi les chefs de compétence susmentionnés, le seul qui soit pertinent aux fins de la future Convention Jugements est celui où la Cour exerce des attributions de juridiction d'appel pour les jugements rendus par le Tribunal qui entreraient dans le champ d'application du futur instrument. Dans tous les autres cas, les jugements ne relèvent manifestement pas du domaine civil et commercial ou n'ont pas de contenu permettant la reconnaissance et l'exécution (par ex., dans les affaires préjudicielles en matière civile et commerciale où la Cour de justice ne donne aux juridictions nationales de renvoi que des instructions sur la manière dont le droit de l'Union doit être interprété mais où les jugements qui pourraient être reconnus et appliqués sont rendus uniquement par les juridictions nationales).

## ii. Le Tribunal

10. Le Tribunal a été créé en 1989 dans le but principal d'alléger l'importante charge de travail accumulée par la Cour de justice, qui était à l'époque la seule juridiction de la CJUE. Sa tâche la plus importante consiste à traiter les recours directs formés par des personnes physiques ou morales contre des décisions des institutions, organes ou organismes de l'UE<sup>8</sup> (« recours en annulation » dans la terminologie utilisée au point (i) ci-dessus). Le droit d'ester en justice dans de telles actions est plutôt restrictif en ce sens que ces actions ne peuvent être intentées que par les personnes auxquelles les jugements ont été adressés ou qui sont directement et individuellement concernées par ces jugements. Dans ces actions directes, les personnes directement concernées peuvent également contester les actes

<sup>6</sup> Sauf dans certains domaines spécifiquement désignés où le Tribunal est compétent en première instance.

<sup>7</sup> Toutefois, le Tribunal est également compétent en première instance pour ce type d'actions dans les cas spécifiques énumérés au point (ii) ci-dessous.

<sup>8</sup> Les institutions de l'UE sont le Parlement européen, le Conseil européen, le Conseil de l'Union européenne, la Commission, la Cour de justice de l'Union européenne, la Banque centrale européenne et la Cour des comptes.

Le Comité économique et social ou le Comité des régions sont des exemples d'organes de l'UE.

Un office de l'UE pertinent dans le contexte du présent document est l'Office de la propriété intellectuelle de l'Union européenne.

Enfin, il existe diverses agences de l'UE, par ex. l'Agence européenne des médicaments ou l'Autorité européenne de sécurité des aliments.

réglementaires des institutions de l'UE, pour autant que ces actes ne nécessitent pas de nouvelles mesures d'exécution. Tel que mentionné plus haut, les jugements pris dans le cadre de recours en annulation ne relèvent manifestement pas des matières civiles et commerciales.

11. Outre cette tâche principale, le Tribunal est compétent pour plusieurs types d'affaires :

- Recours formés par des personnes physiques ou morales contre la carence d'une institution, d'un organe ou d'une agence de l'UE ;
- Recours formés par des États membres de l'UE contre la Commission européenne ;
- Recours formés par les États membres de l'UE contre des actes du Conseil de l'Union européenne adoptés dans le domaine des aides d'État, des mesures antidumping ou contre des actes par lesquels le Conseil exerce des compétences d'exécution ;
- Dossiers du personnel des institutions de l'UE qui concernent des questions d'emploi ou de sécurité sociale ;
- Actions intentées par toute partie alléguant un préjudice résultant de la responsabilité non contractuelle des institutions, organes ou organismes de l'UE et de leur personnel ;
- Litiges fondés sur des contrats conclus par ou pour le compte de l'Union européenne avec des tiers, lorsque ces contrats contiennent une clause attribuant compétence à la CJUE. Ces contrats portent généralement sur la fourniture de biens ou de services aux institutions, organes, offices ou agences de l'UE. Les contrats de subvention pour le compte de tiers contiennent généralement également de telles clauses attributives de compétence. Toutefois, il s'agit évidemment d'une question qui relève des négociations entre les parties contractantes et certains de ces contrats contiennent une clause attributive de compétence qui attribue la compétence aux juridictions nationales, par exemple aux juridictions belges.
- Recours en matière de propriété intellectuelle dirigés contre les jugements de l'Office de la propriété intellectuelle de l'Union européenne et de l'Office communautaire des variétés végétales relatives aux droits de propriété unitaire.

12. Les critères de compétence énumérés dans les trois derniers points sont pertinents pour la future Convention Jugements. Dans ce contexte, il convient de mentionner que les litiges relatifs au statut du personnel de l'Union européenne en matière d'emploi et de sécurité sociale sont fondés sur le statut des fonctionnaires de l'Union européenne et le régime applicable aux autres agents de l'Union européenne, comme le prévoit l'article 336 du TFUE et ne peuvent donc être qualifiés de civils ou commerciaux. La nature de ce litige est plutôt administrative et les jugements dans ce type d'affaires ne pourraient donc pas circuler en vertu de la Convention.

13. Parmi ces trois chefs de compétence pertinents, les affaires de propriété intellectuelle sont les plus pertinentes en termes quantitatifs. Par exemple, sur l'ensemble des nouvelles affaires portées devant le Tribunal entre 2013 et

- The Court has also jurisdiction on actions for failure by Member States of the Union to fulfil obligations under EU law (e.g. the proper implementation of EU law at the national level). In this case the actions can be brought either by the European Commission or by another Member State;
- The Court can give judgments in actions for annulment of a Union measure, where the case is brought by an EU Member State against either the European Parliament or/and the Council of the European Union<sup>6</sup> or where the case opposes two EU institutions;
- Actions for failure to act against an EU institution also fall under the jurisdiction of the Court, in the same situations as the ones described above for actions for annulment<sup>7</sup>;
- Finally, the Court has jurisdiction to hear appeal cases from judgments rendered in first instance by the General Court. This includes appeal in all situations that can come under the scope of application of the Judgments Convention, as described below when the jurisdiction of the General Court is presented.

9. Among the above-mentioned jurisdiction grounds, the only one relevant for the purpose of the future Judgments Convention is where the Court exercises an appellate function for judgments rendered by the General Court which would fall under the scope of application of the future instrument. In all other cases the decisions are clearly outside the realm of civil and commercial matters or they have no content that would allow recognition and enforcement (e.g. in preliminary ruling cases concerning civil and commercial matters where the Court of Justice only instructs the referring national courts how EU law has to be interpreted but decisions that could be recognised and enforced are issued only by the national courts).

## ii. The General Court

10. The General Court was created in 1989 with the main purpose of alleviating the important workload accumulated by the Court of Justice, by then the only jurisdiction in the CJEU. Its most important task is to deal with direct actions brought by natural or legal persons challenging decisions of the EU institutions, bodies, offices or agencies<sup>8</sup> (“actions for annulment” in the terminology used under point (i) above). The legal standing in such actions is rather restrictive in the sense that such actions may be brought only by the persons to whom the decisions were addressed or for whom the decisions are of direct and individual concern. In these direct actions the persons directly concerned can challenge also

<sup>6</sup> Except in certain specifically designated areas where first instance jurisdiction lies with the General Court.

<sup>7</sup> However, the General Court has also first instance jurisdiction for this type of actions in the specific cases enumerated below under point (ii).

<sup>8</sup> The EU institutions are the European Parliament, the European Council, the Council of the European Union, the Commission, the Court of Justice of the European Union, the European Central Bank and the Court of Auditors.

Examples of EU bodies are the Economic and Social Committee or the Committee of the Regions.

An EU office relevant in the context of this paper is the European Union Intellectual Property Office.

Finally, there is a variety of EU agencies, some examples being the European Medicines Agency or the European Food Safety Authority.

regulatory acts of EU institutions as long as such acts do not need further implementing measures. As already set out above, decisions in such actions for annulment are clearly outside the realm of civil and commercial matters.

11. In addition to this main task, the General Court has jurisdiction in several types of cases:

- Actions brought by natural or legal persons against a failure to act by an EU institution, body, office or agency;
- Actions brought by EU Member States against the European Commission;
- Actions brought by EU Member States against acts of the Council of the European Union taken in the field of state aid, anti-dumping or against acts by which the Council exercises implementing powers;
- EU institutions staff cases that concern employment or social security matters;
- Actions brought by any party alleging damages resulting from non-contractual liability of the EU institutions, bodies, offices or agencies and their staff;
- Litigation based on contracts concluded by or on behalf of the European Union with third parties, where such contracts contain a clause attributing jurisdiction to the CJEU. These contracts are typically for the supply of goods or services to the EU institutions, bodies, offices or agencies. Grant contracts for third parties typically also contain such jurisdiction clauses. However, this is obviously a matter for the negotiations between the contractual parties and some of these contracts contain a jurisdiction clause attributing jurisdiction to national courts, for instance to Belgian courts.
- Actions relating to intellectual property brought against the decisions of the European Union Intellectual Property Office and of the Community Plant Variety Office, relating to unitary IP rights.

12. Of relevance for the future Judgments Convention are the jurisdiction grounds listed in the last three bullet points. In this context, it should be mentioned that litigation related to the employment and social security status of EU staff is based on the Staff Regulations of Officials of the European Union and the Conditions of Employment of Other Servants of the European Union, as stipulated in Article 336 TFEU and, as such, cannot be qualified as civil or commercial. The nature of that litigation is rather administrative and thus judgments in this type of cases would not be able to circulate under the Convention.

13. Out of these three relevant jurisdiction grounds, the intellectual property cases are the most relevant in quantitative terms. For instance, out of all the new cases brought

2017, 32,5 %<sup>9</sup> étaient des affaires de propriété intellectuelle, soit un total de 1524 affaires. Les actions en dommages-intérêts en responsabilité non contractuelle représentent 2,5 % des nouvelles affaires portées devant la Cour (126 affaires) tandis que les litiges contractuels fondés sur une clause attributive de compétence représentent 1,29 % (soit 66 affaires).

14. En ce qui concerne la compétence en matière de propriété intellectuelle, il s'agit des jugements relatifs à la validité et à l'enregistrement dans les procédures en vertu du Règlement sur la marque communautaire (No 207/2009 tel que modifié par le Règlement 2015/2424/UE)<sup>10</sup>, du Règlement sur les dessins ou modèles communautaires (No 6/2002 tel que modifié) et du Règlement sur la validité et la délivrance dans le cadre de la protection des obtentions végétales (No 2100/94 tel que modifié)<sup>11</sup>. Le Tribunal statue sur les recours formés contre les décisions de l'Office communautaire des variétés végétales (OCVV, situé à Angers (France)) qui ne peuvent faire l'objet d'un recours devant la chambre de recours de l'OCVV et sur les recours formés contre les décisions des chambres de recours de l'Office européen de la propriété intellectuelle (EUIPO) à Alicante (Espagne) et de l'OCVV. Les jugements du Tribunal portent sur la validité et l'enregistrement de ces droits de propriété intellectuelle dans l'Union européenne.

15. Le recours devant le Tribunal dans ces affaires peut être fondé sur plusieurs motifs : incompétence, violation des formes substantielles et violation du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), du Règlement y afférent ou de toute règle de droit relative à leur application ou abus de pouvoir. Le Tribunal peut soit annuler le jugement attaqué, soit le modifier.

16. Pour l'Union européenne et ses États membres, il est important que ces jugements puissent circuler dans le cadre de la future Convention. Ils sont en fait équivalents à tout jugement rendu par une juridiction nationale statuant sur la validité d'un droit de propriété intellectuelle, qu'il soit national ou unitaire. Étant donné que ces jugements rendus par des juridictions nationales circuleraient dans le cadre de la Convention, à condition, bien entendu, que les questions de propriété intellectuelle soient incluses dans son champ d'application, il n'y a aucune raison pour que le même type de jugements ne circule pas lorsque la juridiction émettrice est la CJUE parce que le droit de propriété intellectuelle est un droit de propriété intellectuelle unitaire de l'UE.

### c. Pourquoi ne s'agit-il pas d'un tribunal commun au sens de la Convention Jugements ?

17. La délégation de l'UE a fourni des explications concernant la CJUE lors de discussions antérieures, par exemple dans son document de réflexion de décembre 2017 sur l'application de la future Convention de La Haye relative aux jugements aux droits de propriété intellectuelle ou dans le cadre des discussions du Groupe de travail informel sur les tribunaux communs. Toutefois, après réflexion et consultation sur cette question, nous pensons que la CJUE ne devrait

pas être considérée comme un tribunal commun aux fins de la future Convention Jugements.

18. Au contraire, les jugements de la CJUE relevant du champ d'application de la Convention devraient, à notre avis, pouvoir circuler comme tous les jugements comparables rendus par les juridictions nationales sans qu'aucune autre précision ne soit nécessaire. Il y a plusieurs raisons qui expliquent cette position :

19. Premièrement, la CJUE fait partie du cadre institutionnel de l'Union européenne, étant son seul organe judiciaire. Ainsi, si l'Union européenne, en tant que Membre de la Conférence de La Haye de droit international privé, devenait Partie contractante à la future Convention, il serait naturel que les jugements rendus par sa branche judiciaire circulent. Il s'agit de l'équivalent fonctionnel, pour une ORIE, de la situation dans laquelle un État devient Partie à la Convention et, par conséquent, les jugements rendus par ses tribunaux nationaux circuleraient. Il n'y a aucune raison que la situation soit différente pour l'UE.

20. Deuxièmement, cette conclusion ne serait que la continuité de la situation de la Convention Élection de for de 2005 dans laquelle le fait que les jugements de la CJUE circulent en vertu de la Convention n'a pas été contesté. En effet, à ce sujet, le Rapport explicatif relatif à la Convention Élection de for est assez clair lorsqu'il précise :

*« 17 Organisations régionales d'intégration économique. Les Organisations régionales d'intégration économique, telles que la Communauté européenne, sont traitées aux articles 29 et 30. Outre qu'ils permettent à de telles organisations de devenir Parties à la Convention dans certains cas, les articles 29 et 30 disposent également que toute référence à un "État" ou "État contractant" dans la Convention s'applique également à une Organisation régionale d'intégration économique qui, le cas échéant, y est Partie. Cela signifie que, selon ce qui est approprié, "État" dans le contexte européen pourrait viser soit la Communauté européenne, soit l'un de ses États membres (par exemple, le Royaume-Uni), soit une unité territoriale d'un tel État membre (par exemple, l'Écosse). Il s'ensuit qu'un accord d'élection de for désignant "les tribunaux de la Communauté européenne" ou visant particulièrement "la Cour de justice des Communautés européennes (Tribunal de première instance)" relèverait de la Convention. »* (italique et gras ajoutés)

21. Ceci est également pertinent dans le contexte de la future Convention Jugements. Comme indiqué plus haut, la CJUE (le Tribunal, la juridiction inférieure) est compétente pour connaître des litiges contractuels en vertu d'une clause attributive de compétence insérée dans un contrat de droit privé conclu par exemple entre une institution de l'UE, telle que la Commission européenne, et un fournisseur de biens, notamment de pays tiers. Si cet accord d'élection de for est exclusif, il serait alors couvert par la Convention Élection de for (cf. le texte ci-dessus et sa note 44)<sup>12</sup>. Si, toutefois, cet accord d'élection de for n'est pas exclusif, alors le ju-

<sup>9</sup> Voir le Rapport annuel 2017 de la CJUE, p. 209, disponible sur <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/index.html> (consulté le 23 avril 2019).

<sup>10</sup> Depuis le premier octobre 2017, le Règlement sur la marque communautaire a été abrogé et remplacé par le Règlement (UE) No 2017/2001, Journal officiel de l'Union européenne (JO) L 154 du 16.6.2017, p. 1 à 99.

<sup>11</sup> Voir aussi Document de réflexion de l'Union européenne sur l'application de la future Convention de La Haye relative aux jugements aux droits de propriété intellectuelle de décembre 2017 [publié comme Doc. info. No 10 (révisé) de décembre 2017 à l'attention de la Troisième réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 13 au 17 novembre 2017) (voir chemin d'accès indiqué à la note 5 du document principal ci-dessus)].

<sup>12</sup> La note 44 du Rapport Hartley/Dogauchi se lit comme suit :

« En vertu de l'art. 238 du Traité instituant la Communauté européenne (Traité CE), la Cour de justice des Communautés européennes est compétente en vertu d'une « clause compromissoire » (en réalité, un accord d'élection de for) dans un contrat conclu par ou pour le compte de la Communauté. Cette compétence est exercée par le Tribunal de première instance : art. 225(1) Traité CÉ. Si la Commission européenne concluait un contrat commercial avec une société résidant hors de la Communauté européenne, une clause d'élection de for dans un tel contrat en faveur de la Cour de justice des Communautés européennes (Tribunal de première instance) relèverait de la Convention. »



before the General Court between 2013 and 2017, 32.5%<sup>9</sup> were intellectual property cases, or a total of 1524 cases. Actions for damages in non-contractual liability amounted to 2.5% of the new cases before the Court (126 cases), while contractual litigation based on a jurisdiction clause amounted to 1.29% (66 cases).

14. With regard to the jurisdiction in intellectual property cases, this concerns judgments on validity and registrability in proceedings under the EU Trade Mark Regulation (No 207/2009 as amended by Regulation 2015/2424/EU)<sup>10</sup>, the EU Design Regulation (No 6/2002 as amended), and on validity and grant in proceedings under the EU Plant Variety Rights Regulation (No 2100/94 as amended)<sup>11</sup>. The General Court decides on appeals against decisions of the Community Plant Variety Office (CPVO, located in Angers (France)) which cannot be appealed to the Board of Appeal of the CPVO and on appeals brought against decisions of the Boards of Appeal of the European Intellectual Property Office (EUIPO) in Alicante (Spain) and of the CPVO. The judgments of the General Court concern the validity and registrability of these IP rights throughout the European Union.

15. Actions before the General Court in such cases can be based on several grounds: lack of competence, infringement of an essential procedural requirement, and infringement of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), of the relevant Regulation or of any rule of law relating to their application or misuse of power. The Court may either annul the contested decision or alter it.

16. For the European Union and its Member States it is important that these judgments could circulate under the future Convention. They are in fact equivalent to any national court judgments deciding on the validity of an IP right, be it national or unitary. As these national court judgments would circulate under the Convention, of course provided that intellectual property matters are included in its scope of application, there is no reason why the same type of judgments should not circulate when the issuing court is the CJEU because the IP right is a unitary IP right of the EU.

### c. Why is it not a common court within the meaning of the Judgments Convention?

17. The EU delegation has provided explanations in relation to the CJEU in previous discussions, for instance in its December 2017 Discussion Document on the operation of the future Hague Judgments Convention with regard to Intellectual Property Rights or in the framework of the discussions in the Informal Working Group on common courts. However, after further reflection and consultation on this matter we think that the Court of Justice of the European

Union should not be considered a common court for the purposes of the future Judgments Convention.

18. Instead, judgments from the CJEU coming under the scope of application of the Convention should in our view be able to circulate just like any comparable judgments issued by national courts without any further stipulations being necessary. There are several reasons for this position:

19. Firstly, the Court of Justice of the European Union is part of the institutional framework of the European Union, being its sole judicial body. As such, if the European Union as a member of the Hague Conference on Private International Law becomes a Contracting Party to the future Convention, it would be only natural that judgments issued by its judicial arm would circulate. This is the functional equivalent for a REIO of the situation in which a State becomes Party to the convention and, as a result, judgments issued by its national courts would circulate. There is no reason why the situation should be different in any way for the EU.

20. Secondly, this conclusion would be simply a continuation of the situation encountered in the 2005 Choice of Court Agreements Convention, where the fact that judgments from the CJEU would circulate under the Convention was not disputed. Indeed, on this matter the Explanatory Report to the Convention on Choice of Court Agreements is rather clear when it states:

*“17 Regional Economic Integration Organisations. Regional Economic Integration Organisations, such as the European Community, are dealt with in Articles 29 and 30. Besides allowing such organisations to become Parties to the Convention in certain circumstances, Articles 29 and 30 also provide that any reference to “State” or “Contracting State” in the Convention applies equally to a Regional Economic Integration Organisation that is a Party to it, where appropriate. This means that, depending on what is appropriate, “State” in the European context could mean either the European Community, or one of its Member States (for example, the United Kingdom) or a territorial unit of such a Member State (for example, Scotland). It follows from this that a choice of court agreement designating “the courts of the European Community” or referring specifically to “the Court of Justice of the European Communities (Court of First Instance)” would be covered by the Convention.”* (emphasis added)

21. This is relevant also in the context of the future Judgments Convention. As stated above, the CJEU (the General Court – the lower level jurisdiction) has jurisdiction to try contractual disputes pursuant to a jurisdiction clause inserted in a private law contract concluded between for instance an EU institution, such as the European Commission, and a supplier of goods, including from third countries. If that choice of court is exclusive, then it would be covered by the Choice of Court Convention, *cf.* the text above and its footnote 44<sup>12</sup>. If, however, that choice of court is non-exclusive, then the judgment should be able to circulate

<sup>9</sup> See the 2017 Annual Report of the CJEU, at p. 209, available at <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/index.html>

<sup>10</sup> As of 1 October 2017, the EU Trade Mark Regulation has been repealed and replaced with Regulation (EU) No 2017/2001, Official Journal of the European Union (OJ) L 154, 16.6.2017, p. 1-99.

<sup>11</sup> See also the Discussion Document from the European Union on the operation of the future Hague Judgments Convention with regard to Intellectual Property Rights of December 2017 [published as Info. Doc. No 10 (revised) of December 2017 for the attention of the Third Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2017) (see path indicated in note 5 of the main document above)].

<sup>12</sup> Footnote 44 of the Hartley/Dogauchi Report reads as follows:

“Under Art. 238 of the Treaty Establishing the European Community (EC Treaty), the Court of Justice of the European Communities has jurisdiction pursuant to an “arbitration clause” (in reality, a choice of court clause) in a contract concluded by or on behalf of the Community. This jurisdiction is exercised by the Court of First Instance: Art. 225(1) EC Treaty. Thus, if the European Commission concluded a commercial contract with a company resident outside the European Community, a choice of court clause in such a contract in favour of the Court of Justice of the European Communities (Court of First Instance) would be covered by the Convention.”

gement devrait pouvoir circuler sur la base de l'article 5(m)<sup>13</sup> du projet de Convention. Traiter ces jugements différemment dans les deux Conventions selon que l'accord d'élection de for est exclusif ou non ne peut, à notre avis, se justifier.

#### **d. Exemples de la manière dont les jugements rendus par la CJUE circuleraient dans le cadre de la Convention Jugements**

22. Le dernier paragraphe du point c) ci-dessus donne une idée du fonctionnement possible de la future Convention en ce qui concerne les jugements rendus par la CJUE en matière contractuelle en vertu d'un accord non exclusif d'élection de for. En conséquence, si le contrat est conclu entre une institution de l'UE et une partie ayant son siège en dehors de l'UE et que les parties contractantes ont conclu une clause attribuant une compétence non exclusive à la CJUE, alors le jugement rendu circulerait en vertu de la Convention. Dans ce cas, le jugement de la CJUE passerait, selon nous, le critère de compétence prévu à l'article 5(m).

23. En ce qui concerne la compétence de la CJUE en matière de responsabilité non contractuelle des institutions, organes et organismes de l'UE et de leur personnel, le jugement rendu devrait par exemple respecter le critère de compétence prévu à l'article 5(j)<sup>14</sup> du projet de Convention. Par conséquent, si l'acte ou l'omission ayant directement causé des dommages s'est produit au sein de l'Union européenne, le jugement rendu devrait, selon nous, circuler en vertu de la Convention.

24. En ce qui concerne les critères de propriété intellectuelle, l'article 5(3), et l'article 6(a), la seule disposition pertinente dans le contexte des jugements en matière de propriété intellectuelle rendus par la CJUE est la dernière. Comme expliqué ci-dessus, la CJUE ne se prononce pas sur les atteintes aux droits de propriété intellectuelle (art. 5(3)(a) et (b)), ni sur la validité du droit d'auteur ou des droits voisins, des marques non enregistrées ou des dessins et modèles industriels non enregistrés (art. 5(3)(c)). Elle ne statue que sur l'enregistrement ou la validité des marques, dessins et modèles ou variétés végétales enregistrables ou enregistrés à l'échelle de l'UE. Cela signifie que seul le critère de compétence exclusive de l'article 6(a) est pertinent dans ce contexte. En d'autres termes, les jugements rendus par la CJUE en matière de propriété intellectuelle pourraient circuler dans le cadre de la Convention lorsque l'UE, en tant qu'« État d'origine » au sens de l'article 6(a), peut être considérée comme l'« État » dans lequel la concession ou l'enregistrement a eu lieu. En effet, les droits de propriété intellectuelle en question sont accordés pour l'ensemble du territoire de l'UE.

<sup>13</sup> L'art. 5(m) se lit comme suit :  
« 1 Un jugement est susceptible d'être reconnu ou exécuté si l'une des exigences suivantes est satisfaite :

[...]  
(m) le jugement a été rendu par un tribunal désigné dans un accord conclu ou documenté par écrit ou par tout autre moyen de communication qui rend l'information accessible pour être consultée ultérieurement, autre qu'un accord exclusif d'élection de for.

Aux fins de cet alinéa, un « accord exclusif d'élection de for » est un accord conclu entre deux ou plusieurs parties, pour connaître des litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, soit les tribunaux d'un État contractant, soit un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant, à l'exclusion de la compétence de tout autre tribunal. »

<sup>14</sup> L'art. 5(j) se lit comme suit :  
« 1 Un jugement est susceptible d'être reconnu ou exécuté si l'une des exigences suivantes est satisfaite :

[...]  
(j) le jugement porte sur une obligation non contractuelle résultant d'un décès, d'un dommage corporel, d'un dommage subi par un bien corporel ou de la perte d'un bien corporel et l'acte ou l'omission directement à l'origine du dommage a été commis dans l'État d'origine, quel que soit le lieu où le dommage est survenu ; »

### **III. LA JURIDICTION UNIFIÉE DU BREVET**

#### **a. Contexte**

25. La Juridiction unifiée des brevets sera une cour commune établie en vertu de l'Accord sur la Cour unifiée des brevets (ci-après, l'« Accord »)<sup>15</sup>. Cet Accord est ouvert à la signature de tous les États membres de l'UE et, à ce jour, il a été signé par tous, à l'exception de la Croatie, de la Pologne et de l'Espagne. La Juridiction unifiée du brevet sera commune à tous les États membres contractants de l'UE et pourra donc être considérée comme faisant partie de leur système judiciaire national. L'Accord entrera en vigueur et deviendra donc effectif dès que 13 États membres contractants de l'UE (dont la France, l'Allemagne et le Royaume-Uni) auront ratifié l'accord ou y auront adhéré. À ce jour (en novembre 2018), il y a déjà plus de 13 ratifications, dont la France et le Royaume-Uni. Par conséquent, trois mois après la ratification de l'Accord par l'Allemagne, la Juridiction unifiée du brevet entrera en vigueur dans les États membres de l'UE qui ont notifié leur ratification de l'Accord.

26. La tâche principale de la Juridiction unifiée du brevet est d'assurer la résolution de litiges spécialisés dans les litiges civils en matière de contrefaçon et de révocation de brevets européens classiques (c.-à-d., les brevets délivrés par l'intermédiaire de l'Office européen des brevets (un organisme non européen ayant son siège à Munich, Allemagne)<sup>16</sup>), ainsi que pour les brevets européens à effet unitaire nouvellement créés<sup>17</sup>, un nouveau système qui fournira une protection unitaire par brevet dans tous les États membres de l'UE ayant ratifié l'Accord. En outre, la Juridiction unifiée du brevet traitera des litiges civils concernant les certificats complémentaires de protection et les demandes de brevet européen.

#### **b. Compétence**

27. La Juridiction unifiée du brevet comprendra à la fois un Tribunal de première instance et une Cour d'appel. Le Tribunal de première instance sera organisé de manière décentralisée et comprendra une division centrale située à Paris avec des sections à Londres (traitant des affaires concernant les besoins humains, la chimie et la métallurgie) et à Munich (traitant des affaires concernant le génie mécanique, l'éclairage, le chauffage, les armes et le dynamitage), ainsi que les divisions locales et régionales. Chaque État membre contractant de l'UE peut demander à la Juridiction unifiée du brevet la création d'une division locale du Tribunal de première instance de la Juridiction unifiée du brevet (éventuellement jusqu'à quatre selon le nombre d'affaires de brevets enregistrées dans cet État avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord) ou une division régionale avec un ou plusieurs États contractants.

<sup>15</sup> Voir l'Accord sur une Juridiction unifiée du brevet ouvert à la signature le 19/02/2013, Journal officiel de l'Union européenne (JO) C 175 du 20.6.2013, p. 1 à 40.

<sup>16</sup> Organe créé par la Convention sur le brevet européen (« CBE »). La CBE a été ratifiée par 38 États contractants européens, dont tous les États membres de l'Union européenne et dix autres États, et prévoit une procédure unique pour la délivrance des brevets européens par l'Office européen des brevets. Les brevets européens ne peuvent être révoqués que sur la base des motifs de révocation prévus par la CBE, mais la question de la contrefaçon reste régie par le droit national de chaque État contractant pour lequel le brevet est délivré.

<sup>17</sup> Sur la base du Règlement (UE) No 1257/2012 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire par brevet, JO L 361 du 31.12.2012, p. 208 à 215. Voir également le Règlement (UE) No 1260/2012 du Conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire par brevet en ce qui concerne les modalités de traduction applicables, JO L 361 du 31.12.2012, p. 89-82, en ce qui concerne le régime linguistique applicable au brevet unitaire.

based on Article 5(m)<sup>13</sup> of the draft convention. Treating these judgments differently in the two conventions depending on whether the choice of court is exclusive or not cannot be, in our view, justified.

#### **d. Examples of how judgments delivered by the CJEU would circulate under the Judgments Convention**

22. The last paragraph under (c) above gives a hint on the possible functioning of the future Convention on judgments issued by the CJEU in contractual matters pursuant to a non-exclusive choice of court agreement. Accordingly, if the contract is concluded between an EU institution and a party having its seat outside the EU and the contractual parties concluded a clause attributing non-exclusive jurisdiction to the CJEU, then the issuing judgment would circulate under the Convention. In this case, the judgment of the CJEU would pass, in our view, the jurisdictional filter of Article 5(m).

23. With regard to the jurisdiction of the CJEU related to actions for damages arising out of non-contractual liability of the EU institutions, bodies, offices or agencies and their staff, the issuing judgment would have to comply for instance with the jurisdictional filter set out in Article 5(j)<sup>14</sup> of the draft convention. Accordingly, if the act or omission directly causing such damage occurred in the European Union, then the issuing judgment should, in our view, circulate under the Convention.

24. With regard to the intellectual property filters, Articles 5(3) and 6(a), the only relevant provision in the context of IP-judgments issued by the CJEU is the latter. As explained above, the CJEU does not rule on infringement of IP rights (paragraphs (a) and (b) of Article 5(3)), nor does it rule on the validity of copyright or related rights, unregistered trademarks or unregistered industrial designs (paragraph (c) of Article 5(3)). It only rules on the registration or validity of registrable or registered EU-wide trademarks, designs or plant varieties. This means that only the exclusive jurisdiction filter of Article 6(a) is relevant in this context. In other words, judgments issued by the CJEU in IP-matters would be able to circulate under the Convention where the EU, as the “State of origin” under Article 6(a), can be considered as the “State” in which grant or registration has taken place. This is so because the IP-rights in question are granted for the entire EU territory.

### **III. THE UNIFIED PATENT COURT**

#### **a. Background**

25. The Unified Patent Court will be a common court established pursuant to the Unified Patent Court Agreement (“UPC Agreement”)<sup>15</sup>. This agreement is open for signature by all EU Member States and to date has been signed by all of them except for Croatia, Poland and Spain. The court will be common to all Contracting EU Member States and thus can be considered as being part of their national judicial systems. The agreement will enter into force, and thus the UPC will start functioning once 13 Contracting EU Member States (among them France, Germany and the United Kingdom) have ratified or acceded to the agreement. To date (November 2018) there are already more than 13 ratifications, including France and the United Kingdom. Therefore, three months after Germany ratifies the Agreement the Unified Patent Court will enter into force in the EU Member States that notified their ratification of the Agreement.

26. The main task of the UPC is to provide specialised dispute resolution in civil litigation on infringement and revocation matters related to classical European patents (i.e. patents granted through the European Patent Office – a non-EU body seated in Munich, Germany<sup>16</sup>), as well as for the newly created European patents with unitary effect<sup>17</sup>, a new system that will provide unitary patent protection in all EU Member States that have ratified the UPC Agreement. In addition, the Court will deal with civil litigation concerning supplementary protection certificates and for European patent applications.

#### **b. Jurisdiction**

27. The UPC will have both a court of first instance (“UPC-CFI”) and a court of appeal. The court of first instance will be organised in a decentralised way and will include a central division located in Paris with sections in London, dealing with cases concerning human necessities, chemistry and metallurgy, and in Munich, dealing with cases concerning mechanical engineering, lighting, heating, weapons and blasting, as well as local and regional divisions. Each Contracting EU Member State may request from the UPC the setting up of a local division of the UPC-CFI (possibly up to four depending on the number of patent cases registered in that State before the date of the entry into force of the UPC Agreement) or a regional division together with one or several Contracting States.

<sup>13</sup> Article 5(m) reads as follows:

“1 A judgment is eligible for recognition and enforcement if one of the following requirements is met –  
(...)

(m) the judgment was given by a court designated in an agreement concluded or documented in writing or by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference, other than an exclusive choice of court agreement.

For the purposes of this sub-paragraph, an “exclusive choice of court agreement” means an agreement concluded by two or more parties that designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, the courts of one State or one or more specific courts of one State to the exclusion of the jurisdiction of any other courts.”

<sup>14</sup> Article 5(j) reads as follows:

“1 A judgment is eligible for recognition and enforcement if one of the following requirements is met –  
(...)

(j) the judgment ruled on a non-contractual obligation arising from death, physical injury, damage to or loss of tangible property, and the act or omission directly causing such harm occurred in the State of origin, irrespective of where that harm occurred;”

<sup>15</sup> See the Agreement on a Unified Patent Court open for signature on 19/02/2013, Official Journal of the European Union (OJ) C 175, 20.6.2013, p. 1-40.

<sup>16</sup> A body set up by the European Patent Convention (“EPC”). The EPC has been ratified by 38 European Contracting States including all Member States of the European Union and ten additional States and provides for a single procedure for the granting of European patents by the European Patent Office. European patents may only be revoked on the basis of the revocation grounds provided for in the EPC but the issue of infringement remains governed by the national law of each Contracting State for which the patent is granted.

<sup>17</sup> Based on Regulation (EU) No 1257/2012 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection, OJ L 361, 31.12.2012, p. 208-215. See also Council Regulation (EU) No 1260/2012 of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements, OJ L 361, 31.12.2012, p. 89-82, with regard to the language regime applicable to the unitary patent.

28. Les jugements rendus par le Tribunal de première instance de la Juridiction unifiée du brevet peuvent faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel de la Juridiction unifiée du brevet sur des questions de droit ou de fait. Cette Cour aura son siège à Luxembourg.

29. La Juridiction unifiée du brevet aura compétence exclusive pour les actions en contrefaçon, les mesures provisoires et conservatoires et les injonctions, les dommages-intérêts ou indemnités découlant d'une protection provisoire et/ou d'une utilisation préalable<sup>18</sup>. Dans de tels cas, une action peut être intentée devant la division locale/régionale du Tribunal de première instance de la Juridiction unifiée du brevet où l'infraction a eu lieu ou pourrait avoir lieu, ou où le défendeur a sa résidence ou son siège social. Si le défendeur n'a pas de résidence ou d'établissement dans un État membre contractant de l'UE, l'action peut être portée devant la division locale/régionale où l'infraction a eu lieu ou devant la division centrale. Si l'État membre de l'UE contractant en question n'abrite pas de division locale/régionale, l'action peut être portée devant la division centrale<sup>19</sup>.

30. Les actions en nullité ou en non-contrefaçon d'un brevet sont généralement portées devant la division centrale, sauf lorsqu'une affaire entre les mêmes parties relative à une contrefaçon du même brevet est déjà en instance devant une division locale/régionale. Les actions concernant une décision de l'Office européen des brevets dans l'exécution de tâches relatives au brevet européen à effet unitaire sont portées devant la division centrale.

31. En ce qui concerne les demandes reconventionnelles en nullité de brevets introduites devant la division locale/régionale dans le cadre d'actions en contrefaçon en cours, l'Accord<sup>20</sup> prévoit différentes situations possibles : soit la division locale/régionale poursuit les deux actions, soit elle décide de renvoyer la demande reconventionnelle à la division centrale et poursuit ou suspend les actions en contrefaçon ou enfin, avec l'accord des parties elle peut renvoyer les deux actions à la division centrale.

32. En principe, la Juridiction unifiée du brevet a compétence exclusive pour les motifs susmentionnés. Toutefois, pour certains motifs, elle continuera à partager sa compétence avec les juridictions nationales pendant une période dite de transition de sept ans, à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord, qui peut être prorogée une fois de sept ans au maximum. Pendant ce temps, les tribunaux nationaux restent compétents pour connaître des actions en contrefaçon ou en révocation de brevets européens classiques ou un certificat de protection supplémentaire émis pour un produit protégé par un brevet européen, sauf si une action a déjà été engagée devant la Juridiction unifiée du brevet. En outre, pendant cette période, les titulaires ou les demandeurs de ces brevets, y compris de la protection supplémentaire fondée sur des certificats de protection supplémentaire, peuvent se soustraire à la compétence de la Juridiction unifiée du brevet, à moins qu'une nouvelle action n'ait déjà été engagée. Cette possibilité d'*opt-out* n'existe pas en ce qui concerne les brevets européens à effet unitaire.

### c. Exemples d'application de la disposition relative aux tribunaux communs aux jugements rendus par la Juridiction unifiée du brevet

33. La Juridiction unifiée du brevet est une juridiction commune aux États membres contractants de l'UE et fait partie de leurs systèmes judiciaires. Contrairement à la CJUE, la Juridiction unifiée du brevet n'est pas un tribunal de l'UE en tant qu'ORIE et n'est donc pas directement couverte par les dispositions de la future Convention Jugements. La Juridiction unifiée du brevet est un tribunal créé en vertu d'un accord distinct qui est ouvert à la ratification ou à l'adhésion des États membres de l'UE, mais qui n'a pas encore été signé et ratifié par tous. En tant que telle, la Juridiction unifiée du brevet peut être considérée comme un tribunal commun aux fins de la future Convention Jugements.

34. En tant que tribunal commun qui traitera à la fois des actions en contrefaçon et des actions en validité de brevets, les dispositions pertinentes du projet de Convention couvrant la reconnaissance et l'exécution de ses jugements sont l'article 4(5) (tribunaux communs), l'article 5(3)(a) (critère de compétence juridictionnelle pour les droits de propriété intellectuelle enregistrés ou enregistrables), ainsi que l'article 6(a) (critères de compétence exclusive pour la validité des droits de propriété intellectuelle devant être délivrés ou déposés).

35. Pour les actions en contrefaçon, si par exemple la contrefaçon d'un brevet européen à effet unitaire a lieu dans un État contractant lié à la future Convention et que le jugement sur cette contrefaçon est rendu par la Juridiction unifiée du brevet, alors, en vertu de l'article 4(5)(b) lu en combinaison avec l'article 5(3)(a), le jugement circulerait en vertu de la Convention. Le résultat sera différent si l'infraction a été commise dans un État membre de l'UE partie à l'Accord qui n'est pas un État contractant à la future Convention. Toutefois, dans ce dernier cas, si l'infraction concerne plusieurs États membres contractants de l'UE, alors les parties du jugement qui concernent les États contractants à la future Convention Jugements pourraient, à notre avis, circuler<sup>21</sup>. Inversement, les parties du jugement qui concernent un État non contractant ne pourront pas circuler, évitant ainsi tout problème potentiel d'État profiteur.

36. En ce qui concerne les actions en validité et le critère de compétence exclusive de l'article 6(a) dans l'État dans lequel la délivrance ou l'enregistrement a eu lieu ou est réputé avoir eu lieu, le brevet unitaire sera finalement valable dans les 25 États membres contractants de l'UE. Cela signifie que les jugements rendus par la Juridiction unifiée du brevet sur la validité de ces brevets pourraient circuler en vertu de la Convention lorsque tous ces États membres de l'UE sont également des États contractants à la Convention Jugements. Toutefois, si le jugement statue à la fois sur la validité et sur la contrefaçon, la partie relative à la contrefaçon serait à notre avis reconnue et exécutée en vertu de la Convention si et dans la mesure où elle concerne un ou plusieurs États contractants à la Convention, même si tous les membres de la Juridiction unifiée du brevet ne sont pas devenus parties à la Convention. L'article 9 du projet de Convention sur la divisibilité serait applicable dans de tels cas.

<sup>18</sup> Voir art. 32(1) de l'Accord portant création d'une Juridiction unifiée du brevet.

<sup>19</sup> Voir art. 33(1) de l'Accord portant création d'une Juridiction unifiée du brevet.

<sup>20</sup> Voir art. 33(3) de l'Accord portant création d'une Juridiction unifiée du brevet.

<sup>21</sup> L'art. 9 du projet de Convention, sur la divisibilité, autorise cette reconnaissance ou exécution partielle.

28. An appeal from the judgments issued by the UPC-CFI may be brought on points of law or on matters of fact before the UPC Court of Appeal. This Court will be seated in Luxembourg.

29. The UPC will have exclusive jurisdiction in actions for or relating to infringement, provisional and protective measures and injunctions, damages or compensation derived from provisional protection and/or prior use<sup>18</sup>. In such cases action may be brought before the local/regional division of the UPC-CFI where either the infringement took place or may take place, or where the defendant has its residence or place of business. If the defendant does not have residence or place of business in a Contracting EU Member State then the action may be brought before the local/regional division where the infringement took place or before the central division. If the Contracting EU Member State in question does not host a local/regional division, then the action may be brought before the central division<sup>19</sup>.

30. Actions for revocation or non-infringement of a patent shall generally be brought before the central division, except where a case between the same parties related to an infringement of the same patent is already pending before a local/regional division. Actions concerning a decision of the European Patent Office when performing tasks relating to the European patent with unitary effect shall be brought before the central division.

31. With regard to counterclaims for revocation of patents brought before the local/regional division in pending infringement actions, the UPC Agreement<sup>20</sup> foresees different possible situations: either the local/regional division proceeds with both actions or it may decide to refer the counterclaim to the central division and proceed with or suspend the infringement actions or, finally, with the agreement of the parties it may refer both actions to the central division.

32. In principle, the UPC has exclusive jurisdiction on the above-mentioned grounds. However, it will still share jurisdiction on certain grounds with national courts during a so-called transitional period of seven years, starting from the date of entry into force of the UPC Agreement, which may be extended once by up to seven years. During this time, national courts still have jurisdiction to deal with actions for infringement or for revocation concerning classical European patents or for a supplementary protection certificate issued for a product protected by such a patent, unless an action has been commenced already before the UPC. In addition, during this period, the proprietors of or the applicants for such patents, including of the additional protection based on supplementary protection certificates, may opt-out from the jurisdiction of the UPC, unless again an action has already been commenced. No such possibility to opt-out exists with regard to the European patents with unitary effect.

### **c. Examples of how the common courts provision would apply to judgments delivered by the UPC**

33. The UPC is a court common to the Contracting EU Member States and is part of their judicial systems. In contrast to the CJEU, the UPC is not a court of the EU as a REIO and thus is not straightforwardly covered by the provisions of the future Judgments Convention. The UPC is a court established under a separate agreement which is open to ratification or accession by EU Member States but so far has not been signed and ratified by all of them. As such, the UPC can be regarded as a common court for the purpose of the future Judgments Convention.

34. Being a common court that will deal both with infringement and validity actions for patents, the relevant provisions of the draft convention covering the recognition and enforcement of its judgments are Article 4(5) (common courts), Article 5(3)(a) (the jurisdictional filter for registered or registrable IP-rights), as well as Article 6(a) – exclusive jurisdiction filter for the validity of IP-rights required to be granted or registered.

35. For infringement actions, if for instance the infringement of a European patent with unitary effect takes place in a Contracting State to the future Convention and the judgment on that infringement is delivered by the UPC then, under Article 4(5)(b) combined with Article 5(3)(a) the judgment would circulate under the Convention. The result will differ if the infringement took place in a Contracting EU Member State to the UPC Agreement which is not a Contracting State to the future Convention. However, in the latter case, if the infringement relates to several Contracting EU Member States, then the parts of the judgment that relate to Contracting States to the future Judgment Convention would in our view be able to circulate<sup>21</sup>. Conversely, the parts of the judgment that relate to a non-Contracting State will not be able to circulate, thus avoiding any potential free-rider problem.

36. With regard to validity actions and the exclusive jurisdiction filter of Article 6(a) in the State in which grant or registration has taken place or is deemed to have taken place, the Unitary patent will ultimately be valid throughout the 25 Contracting EU Member States. This means that judgments rendered by the UPC on the validity of such patents would be able to circulate under the Convention where all these EU Member States are also Contracting States to the Judgments Convention. However, if the judgment rules both on validity and on infringement, the part on infringement would in our view be recognised and enforced under the Convention if and to the extent that it relates to one or several Contracting States to the Convention even where not all members of the UPC became Party to the Convention. Article 9 of the draft Convention on severability would be applicable in such cases.

---

<sup>18</sup> See Article 32(1) of the UPC Agreement.

<sup>19</sup> See Article 33(1) of the UPC Agreement.

<sup>20</sup> See Article 33(3) of the UPC Agreement.

---

<sup>21</sup> Article 9 of the draft convention, on severability, allows for such partial recognition or enforcement.

## IV. COUR DE JUSTICE BENELUX

### a. Contexte

37. La Cour Benelux a été créée par le Traité de 1965 relatif à l'institution et au statut d'une Cour de justice Benelux (ci-après, le « Traité de la Cour de justice Benelux »), qui est entré en vigueur entre la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas le premier janvier 1974. La Cour est l'une des institutions de l'Union Benelux et agit en tant qu'organe judiciaire.

38. En 2012, les trois pays du Benelux ont signé le Protocole modifiant le Traité de la Cour de justice Benelux. En 2014, ce Protocole a été complété par des modifications de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle. Le Protocole est entré en vigueur le premier décembre 2016 et les modifications apportées à la Convention sont entrées en vigueur le premier juin 2018. L'un des principaux changements apportés par ces modifications concerne l'extension de la compétence de la Cour Benelux, notamment en ce qui concerne les actions directes dans certaines affaires de propriété intellectuelle au lieu des tribunaux nationaux des trois pays du Benelux.

39. La Cour Benelux a son siège à Luxembourg et est composée de trois chambres : la Première Chambre a compétence spécifique pour connaître des questions préjudicielles posées par les juridictions nationales des trois pays du Benelux sur l'interprétation du droit Benelux ou pour donner un avis sur cette interprétation à la demande de l'un des gouvernements de ces pays. Par ailleurs, cette chambre exerce des attributions d'une juridiction d'appel pour les jugements rendus par la Deuxième Chambre, qui traite des actions directes contre la décision finale de l'Office Benelux de la Propriété intellectuelle (ci-après, l'« OBPI »). Enfin, la Troisième Chambre s'occupe des affaires de personnel, pour le personnel du Secrétariat général du Benelux ou de l'OBPI.

40. La Première Chambre de la Cour Benelux est composée de juges des plus hautes juridictions de Belgique, des Pays-Bas et du Luxembourg. Les juges conservent leurs fonctions au sein des juridictions nationales. La deuxième Chambre est composée de juges des cours d'appel de ces trois pays, qui conservent également leurs fonctions au niveau national.

### b. Compétence

41. La Cour Benelux est compétente pour juger trois types d'affaires :

- Demande de décision préjudicielle introduite par les juridictions nationales ou demande d'avis formulée par les gouvernements sur l'interprétation des instruments juridiques communs du Benelux ;
- Règlement des affaires de personnel, pour les fonctionnaires employés par le Secrétariat général du Benelux ou par l'OBPI ;
- Enfin, le nouveau pouvoir juridictionnel convenu dans le Protocole de 2012 et la Convention Benelux modifiée en matière de propriété intellectuelle sur les actions directes au fond engagées contre des décisions définitives de l'OBPI. Cette compétence concerne directement les affaires de propriété intellectuelle, à savoir la marque et les dessins ou modèles Benelux, et a été transférée, à

compter du premier juin 2018, des tribunaux nationaux des trois pays du Benelux vers la Cour de justice Benelux. La Cour est désormais la seule instance judiciaire du Benelux compétente pour connaître des recours contre la décision définitive de l'OBPI concernant l'enregistrement ou la validité de ces droits. La Cour Benelux agira dans ces affaires en tant que tribunal de première instance (dans la Deuxième Chambre) et en tant que juridiction d'appel (dans la Première Chambre).

### c. Exemples d'application de la disposition relative aux tribunaux communs aux jugements rendus par la Cour Benelux

42. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour Benelux est un tribunal commun à trois États membres de l'UE, la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas et, à ce titre, ses jugements sont susceptibles de circuler dans le cadre de la future Convention Jugements. La CJUE a également décidé que, dans certains domaines, tels que le droit des marques, le Benelux doit être considéré comme le territoire d'un seul État membre de l'UE.

43. Sur les trois fonctions juridictionnelles exercées par la Cour Benelux (comme mentionné ci-dessus), la seule pertinente aux fins de la Convention Jugements est celle qui couvre les actions directes en matière de propriété intellectuelle. Étant donné que la Cour Benelux (et non plus les tribunaux nationaux) traitera de (certains aspects de) la validité et de la possibilité d'enregistrer des marques et dessins ou modèles Benelux, les dispositions pertinentes applicables dans de tels cas sont les articles 4(5)(b) et 6(a) du projet de Convention.

44. Par conséquent, si la Cour Benelux rend un jugement sur la validité d'une marque Benelux, ce jugement pourrait circuler en vertu de la Convention. Dans ce cas, l'« État [...] dans lequel la délivrance, l'octroi ou l'enregistrement a été effectué » mentionné dans le projet d'article 6(a) fait référence aux trois États du Benelux, puisque la marque est enregistrée pour tous ces États. Cela signifie que le terme « État contractant » mentionné dans le projet d'article 4(5)(b) se réfère également à ces trois États, ce qui a pour conséquence que les jugements rendus par la Cour Benelux sur la validité ou l'enregistrement des marques et dessins ou modèles ne pourront circuler dans le cadre de la future Convention Jugements que si les trois États du Benelux deviennent Parties à cette Convention. Étant donné que les trois États du Benelux sont également des États membres de l'UE, une adhésion de l'UE à la Convention couvrirait par définition ces trois États.

## V. REMARQUES CONCLUSIVES

45. Ce document explicatif a tenté de démontrer les principales caractéristiques des tribunaux communs importantes du point de vue de l'UE, de la Juridiction unifiée du brevet et de la Cour Benelux, ainsi que celles de la CJUE, l'organe judiciaire de l'Union européenne. Par ailleurs, le document a tenté de présenter des exemples concrets sur la manière dont la circulation des jugements émanant de ces tribunaux fonctionnera à l'avenir.

46. Nous pensons qu'avec ce document, nous avons montré que ces tribunaux ne sont pas différents des tribunaux nationaux, qu'ils sont en fait un substitut et, dans certains cas (comme pour la Cour Benelux qui est composée de juges des tribunaux nationaux) une extension de ces tribunaux nationaux lorsque deux ou plusieurs États décident de

#### IV. THE BENELUX COURT OF JUSTICE

##### a. Background

37. The Benelux Court was established through the 1965 Treaty concerning the Establishment and the Statute of a Benelux Court of Justice (the “Benelux Court of Justice Treaty”), which entered into force between Belgium, Luxembourg and the Netherlands on 1 January 1974. The Court is one of the Benelux Union’s institutions and acts as a judicial body.

38. In 2012 the three Benelux countries signed the Protocol amending the Benelux Court of Justice Treaty. In 2014, this Protocol was supplemented by modifications in the Benelux Convention on Intellectual Property. The Protocol entered into force on 1 December 2016 and the modifications in the Convention on 1 June 2018. One of the main changes brought by these modifications relates to the extension of the jurisdiction of the Benelux Court, to deal notably with direct actions in certain intellectual property cases, instead of the national courts of the three Benelux States.

39. The Benelux Court has its seat in Luxembourg and is composed of three chambers: the first chamber has specific competence to deal with preliminary questions referred by national courts from the three Benelux countries on the interpretation of Benelux law, or to give advice on such interpretation at the request of one of the governments of these countries. In addition, this chamber has appellate functions for judgments rendered by the second chamber, that deals with direct actions against final decision of the Benelux Office for Intellectual Property (the “BOIP”). Finally a third chamber deals with staff cases, for personnel of the Benelux Secretariat-General or of the BOIP.

40. The first chamber of the Benelux Court is composed of judges of the highest courts of Belgium, the Netherlands and Luxembourg. The judges retain their positions in the national courts. The second chamber is composed of judges from the courts of appeal of these three countries, who also retain their office at the national level.

##### b. Jurisdiction

41. The Benelux Court has jurisdiction to try three types of cases:

- Request for preliminary rulings lodged by national courts, or request for advice lodged by governments, on the interpretation of the Benelux common legal instruments;
- Settlement of staff cases, for the civil servants employed by the Benelux Secretariat-General or the BOIP;
- Finally, the new jurisdictional power agreed in the 2012 Protocol and the modified Benelux Convention on Intellectual Property on direct actions on the merits lodged against final decisions of the BOIP. This competence regards directly intellectual property cases, namely the Benelux trademark and designs, and has been transferred, as

from 1 June 2018, from the national courts of the three Benelux Countries to the Benelux Court of Justice. The Benelux Court is now the sole judicial body in the Benelux with jurisdiction to hear appeals against the final decision of the BOIP on the registration or validity of these rights. The Benelux Court will act in these cases both as a first instance court (the second chamber) and as a court having appellate functions (the first chamber).

##### c. Examples of how the common courts provision would apply to judgments delivered by the Benelux Court

42. In accordance with the case law of the Court of Justice of the European Union, the Benelux court is a court common to three EU Member States, Belgium, Luxembourg and the Netherlands and, as such, its judgments have the potential of circulating under the future Judgments Convention. The CJEU has also ruled that, in certain fields, such as trademark law, the Benelux is to be considered as if it were the territory of a single EU Member State.

43. Out of the three jurisdictional functions exercised by the Benelux Court (as mentioned above), the only one relevant for the purposes of the Judgments Convention is the one covering direct actions in intellectual property cases. As the Benelux Court (and no longer the national courts) will deal with (certain aspects of) the validity and registrability of Benelux trademarks and designs, the relevant provisions applicable in such cases are Articles 4(5)(b) and 6(a) of the draft Convention.

44. Accordingly, if the Benelux Court issues a judgment on the validity of a Benelux trademark, that judgment would be able to circulate under the Convention. In such cases the “State in which grant or registration has taken place” mentioned in draft Article 6(a) refers to the three Benelux States, as the trademark is registered for all of them. This means that the term “Contracting State” mentioned in draft Article 4(5)(b) refers too to these three States, which in turn has the significance that Benelux Court judgments on the validity or the registrability of trademarks and designs will be able to circulate under the future Judgments Convention only where all three Benelux States become Parties to the Convention. As all three Benelux States are also EU Member States, an accession by the EU to the Convention would by definition cover these three States.

#### V. CONCLUDING REMARKS

45. This explanatory paper has attempted to show the main features of the common courts important from the EU perspective, the UPC and the Benelux Court, as well as those of the CJEU, the judicial body of the European Union. In addition, the paper tried to present concrete examples on how the circulation of judgments emanating from these courts will operate in the future.

46. We believe that with this paper we have shown that these courts are no different from national courts, that they are in fact a replacement and in some cases (as for the Benelux court which is staffed by judges of the national courts) an extension of these national courts when two or more

déléguer leur pouvoir judiciaire. Les exemples sur la manière dont leurs jugements circuleraient démontrent, selon nous, qu'il est parfaitement possible d'appliquer la Convention dans ce contexte et que, face aux jugements de ces tribunaux, les tribunaux nationaux ne devraient pas rencontrer de difficultés particulières.



states decide to delegate their judicial power. The examples on how their judgments would circulate demonstrate, we believe, that it is perfectly feasible to apply the convention in this context and that, when faced with judgments from these courts, national courts should not encounter special difficulties.

---

## Délais de prescription pour l'exécution des jugements étrangers dans le cadre du projet de Convention de 2018

NOTE ÉTABLIE PAR LE BUREAU PERMANENT

Document préliminaire No 11 de mai 2019

---

### INTRODUCTION<sup>1</sup>

1 Les délais de prescription remplissent diverses fonctions qui se chevauchent, notamment la promotion de procédures efficaces et l'application rapide du droit matériel, la réduction de l'incertitude ainsi que la dissuasion des demandes non fondées<sup>2</sup>. La plupart des États et territoires distinguent les délais de prescription dans lesquels une partie doit engager une action en justice contre une autre partie pour faire valoir une demande (ces délais de prescription ont une grande importance pour le règlement de la demande) de ceux dans lesquels une partie doit demander l'exécution d'un jugement. Étant donné l'accord général qui s'est dégagé lors des réunions de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (ci-après, la « Commission spéciale ») selon lequel des délais de prescription sont imposés pour l'exécution des jugements étrangers plutôt que la reconnaissance de leurs effets de *res judicata*<sup>3</sup>, la présente Note traite des délais de prescription dans lesquels une partie doit demander l'exécution d'un jugement.

2 Les délais de prescription sont traités implicitement dans le projet de Convention<sup>4</sup> de deux manières. Premièrement, à l'article 4(3), qui prévoit qu'un jugement ne peut être exécuté que s'il est exécutoire dans l'État d'origine<sup>5</sup>. Ainsi, si le délai de prescription dans l'État d'origine expire, le jugement ne pourra pas circuler en vertu du projet de Convention<sup>6</sup>. Deuxièmement, à l'article 14(1), qui prévoit que le droit de l'État requis régit la procédure « ten-

dant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, et l'exécution du jugement »<sup>7</sup>.

3 La présente Note précise, dans la section I, les circonstances particulières dans lesquelles les délais de prescription deviendraient problématiques en vertu du projet de Convention. Deux questions distinctes sont également soulevées dans cette section, qui doivent encore être examinées par la Session diplomatique : 1) Le projet de Convention devrait-il permettre au tribunal requis de refuser l'exécution au motif que le délai de prescription (plus court) prévu par son droit est expiré, et dans l'affirmative, de quelle manière ? 2) Le projet de Convention devrait-il explicitement empêcher toute discrimination à l'encontre des jugements étrangers au motif que les délais de prescription pour leur exécution sont plus courts ? La section II retrace l'histoire des discussions concernant les délais de prescription lors des précédentes réunions de la Commission spéciale. Les sections III et IV présentent la manière dont sont traités les délais de prescription pour l'exécution des jugements étrangers en vertu de plusieurs droits nationaux et d'instruments internationaux. Enfin, la section V s'appuie sur l'analyse des sections III et IV pour proposer des solutions éventuelles et répondre aux deux questions identifiées à la section I.

### I QUESTIONS RELEVANT DU PROJET DE CONVENTION EN MATIÈRE DE DÉLAI DE PRESCRIPTION

4 Les délais de prescription prévus par le projet de Convention ne peuvent être mis en cause devant le tribunal requis que lorsque trois circonstances concomitantes se présentent : il existe un délai de prescription en vertu du droit de l'État requis qui prescrit le délai pour engager une procédure d'exécution d'un jugement<sup>8</sup> ; ce délai est *plus court* que le délai de prescription concernant l'exécution dans l'État d'origine<sup>9</sup> ; et le délai doit avoir expiré<sup>10</sup>, tant que le délai de prescription dans l'État d'origine se poursuit. Dans ces circonstances, deux questions distinctes se posent dans le projet de Convention eu égard aux délais de prescription.

5 *Première question* : Le projet de Convention devrait-il permettre au tribunal requis de refuser l'exécution au motif que le délai de prescription (plus court) prévu par son droit est expiré, et dans l'affirmative, de quelle manière ? Il ressort des discussions qui se sont tenues lors de la dernière réunion de la Commission spéciale que le tribunal requis

---

<sup>7</sup> Article 14 – Procédure

« 1 La procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, et l'exécution du jugement sont régies par le droit de l'État requis sauf si la présente Convention en dispose autrement. Le tribunal requis agit avec célérité. »

Cette disposition a été introduite dans des versions antérieures du projet de Convention et est restée la même dans différentes versions : voir art. 12(1) de l'avant-projet de Convention de 2016 (publié comme Doc. trav. No 76, Avant-projet de Convention de 2016, distribué le jeudi 9 juin 2016, voir Cahier 3, p. 61, du présent tome), art. 15(1) du projet de Convention de février 2017 (publié comme Doc. trav. No 170 REV, Projet de Convention de février 2017 arrêté au 24 février 2017, voir Cahier 3, p. 173, du présent tome), et art. 14(1) du projet de Convention de novembre 2017 (publié comme Doc. trav. No 236 REV, Projet de Convention de novembre 2017 arrêté au 17 novembre 2017, voir Cahier 3, p. 252, du présent tome).

<sup>8</sup> La forme du délai de prescription peut être propre à l'exécution de jugements étrangers, ou peut simplement être le délai applicable aux demandes devant le tribunal requis (par ex. la reconnaissance et l'exécution en vertu de la *common law* se fait par le biais d'une nouvelle procédure sur la cause d'action sous-jacente, ou par une action de *common law* en recouvrement de créance). Cette distinction devient pertinente pour la question 2, voir *infra* para. 7.

<sup>9</sup> Il n'existe pas de problème pratique lorsque le délai de prescription dans l'État requis est plus long que dans l'État d'origine. En effet, l'expiration du délai de prescription dans l'État d'origine (qu'un autre délai de prescription soit ou non en cours devant le tribunal requis) rend le jugement non exécutoire en vertu du projet de Convention, et par conséquent dans l'impossibilité de circuler (art. 4(3)).

<sup>10</sup> Il s'agit donc de fixer un délai de prescription.

---

<sup>1</sup> Le Bureau Permanent (PB) remercie les *co-Rapporteurs*, les professeurs G. Saumier et F. Garcimartín, ainsi que les professeurs T. Domej, K. Takeshita et T. M. Yeo, pour leur aide dans la préparation de la présente Note.

<sup>2</sup> Pour plus d'informations, voir T.T. Ochoa et A.J. Wistrich, « The Puzzling Purposes of Statutes of Limitation », *Pacific Law Journal*, vol. 28, 1997, p. 453 à 514.

<sup>3</sup> Procès-verbaux de la Première réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du premier au 9 juin 2016) (ci-après, les « Procès-verbaux de la CS de juin 2016 », disponibles sur le Portail sécurisé du site web de la HCCH, à l'adresse <www.hcch.net>, sous la rubrique « 22<sup>e</sup> Session diplomatique »), Procès-verbal No 13, para. 59 et 60.

<sup>4</sup> Pour faciliter la discussion, ci-après le terme « projet de Convention » désigne le projet de Convention de 2018 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale, qui est publié comme Doc. trav. No 262 REV, Projet de Convention révisé proposé par le Comité de rédaction arrêté au 28 mai 2018, voir Cahier 3, p. 318, du présent tome. Le cas échéant, d'autres versions provisoires de la Convention seront spécifiquement identifiées.

<sup>5</sup> « Un jugement n'est reconnu que s'il produit ses effets dans l'État d'origine et n'est exécuté que s'il est exécutoire dans l'État d'origine. »

<sup>6</sup> Néanmoins, une telle exécution est toujours possible en vertu de la loi de l'État requis. Le projet de Convention n'empêche pas l'État requis de le faire en vertu de son propre droit national (art. 16).

---

# Limitation period on the enforcement of foreign judgments in the context of the 2018 draft Convention

DRAWN UP BY THE PERMANENT BUREAU

*Preliminary Document No 11 of May 2019*

---

## INTRODUCTION<sup>1</sup>

1 Limitation periods serve a variety of overlapping policies, including the promotion of efficient litigation and prompt enforcement of substantive law, the reduction of uncertainty, and the deterrence of unmeritorious claims.<sup>2</sup> Most jurisdictions distinguish limitation periods within which a party must initiate legal proceedings against another party to assert a claim (such limitation periods have great importance for the adjudication of the claim) from limitation periods within which a party must apply for the enforcement of a judgment. Given the general agreement reached at the meetings of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (hereinafter, “Special Commission”) that limitation periods are imposed upon the enforcement of foreign judgments rather than the recognition of their *res judicata* effects,<sup>3</sup> this Note will deal with limitation periods within which a party must apply for the enforcement of a judgment.

2 Limitation periods are implicitly dealt with in the draft Convention<sup>4</sup> in two ways. First, in Article 4(3), which prescribes that a judgment shall be enforced only if it is enforceable in the State of origin.<sup>5</sup> Accordingly, if the limitation period in the State of origin expires, the judgment will not be entitled to circulation under the draft Convention.<sup>6</sup> Secondly, in Article 14(1), which provides that the law of the requested State governs the procedure for “rec-

ognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment”.<sup>7</sup>

3 This Note explains, in Section I, the narrow circumstances in which limitation periods would become contentious under the draft Convention. It also raises two distinct issues that remain to be considered by the Diplomatic Session: 1) Should the draft Convention allow the court addressed to refuse enforcement on the basis that the (shorter) limitation period under its law has lapsed, and if so, how? 2) Should the draft Convention explicitly prevent discrimination against foreign judgments on the basis of shorter limitation periods for their enforcement? Section II explores the history of discussions concerning limitation periods in past meetings of the Special Commission. Sections III and IV set out the treatment of limitation periods for enforcement of foreign judgments under various national laws, and international instruments, respectively. Finally, Section V draws upon the analysis in Sections III and IV to propose possible ways to address the two issues identified in Section I.

## I ISSUES UNDER THE DRAFT CONVENTION CONCERNING LIMITATION PERIODS

4 Limitation periods under the draft Convention can only be put in issue before the court addressed when three concurrent circumstances arise: there is a limitation period under the law of the requested State that prescribes the time to commence proceedings for the enforcement of a judgment;<sup>8</sup> such limitation period is *shorter* than the limitation period concerning enforcement in the State of origin;<sup>9</sup> and it must have lapsed,<sup>10</sup> while the limitation period in the State of origin is ongoing. In these circumstances, two distinct issues arise under the draft Convention concerning limitation periods.

5 *First issue:* Should the draft Convention allow the court addressed to refuse enforcement on the basis that the (shorter) limitation period under its law has lapsed, and if so, how? It appeared from discussions at the past Special Commission meeting that the court addressed should be

---

<sup>1</sup> The Permanent Bureau (PB) is grateful to the *co-Rapporteurs*, Professors G. Saumier and F. Garcimartin, as well as Professors T. Domej, K. Takeshita and T.M. Yeo, for their assistance in the preparation of this Note.

<sup>2</sup> For further discussion, see T.T. Ochoa and A.J. Wistrich, “The Puzzling Purposes of Statutes of Limitation”, *Pacific Law Journal*, Vol. 28, 1997, pp. 453-514.

<sup>3</sup> Minutes of the First Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (1-9 June 2016) (hereinafter, “June 2016 SC Minutes”, available on the Secure Portal of the HCCH website at <www.hcch.net>, under “22<sup>nd</sup> Diplomatic Session”), Minutes No 13, paras 59-60.

<sup>4</sup> For ease of discussion, hereinafter the term “draft Convention” is used to refer to the 2018 draft Convention on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters, which is published as Work. Doc. No 262 REV, Revised draft Convention submitted by the Drafting Committee as of 28 May 2018, see Book 3, p. 318, of this tome. Where it is appropriate, other draft versions of the Convention will be specifically identified.

<sup>5</sup> “A judgment shall be recognised only if it has effect in the State of origin, and shall be enforced only if it is enforceable in the State of origin.”

<sup>6</sup> Nevertheless, such enforcement is still possible under the law of the requested State. The draft Convention does not prevent the requested State from doing so under its own national law (Art. 16).

---

<sup>7</sup> Article 14 – Procedure

“1 The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the requested State unless this Convention provides otherwise. The court addressed shall act expeditiously.”

This provision was introduced in earlier versions of the draft Convention and has remained the same throughout different versions: see Art. 12(1) of the 2016 preliminary draft Convention (published as Work. Doc. No 76, 2016 preliminary draft Convention, distributed on Thursday 9 June 2016, see Book 3, p. 61, of this tome), Art. 15(1) of the February 2017 draft Convention (published as Work. Doc. No 170 REV, February 2017 draft Convention as of 24 February 2017, see Book 3, p. 173, of this tome), and Art. 14(1) of the November 2017 draft Convention (published as Work. Doc. No 236 REV, November 2017 Draft Convention as of 17 November 2017, see Book 3, p. 252, of this tome).

<sup>8</sup> The form of the limitation period may be peculiar to the enforcement of foreign judgments, or may simply be the period applicable to claims before the court addressed (e.g., recognition and enforcement under the common law is by way of a fresh proceeding on the underlying cause of action, or by a common law action for debt). This distinction becomes relevant for issue 2 at *infra* para. 7.

<sup>9</sup> There is no practical issue where the limitation period in the requested State is longer than that in the State of origin. That is because the lapse of the limitation period in the State of origin (whether or not another limitation period is ongoing in the court addressed) renders the judgment unenforceable under the draft Convention, and thereby incapable of circulation (Art. 4(3)).

<sup>10</sup> Thereby, placing a limitation period in issue.

devrait être autorisé à refuser l'exécution en raison de l'expiration d'un délai de prescription en vertu de son propre droit<sup>11</sup>. Compte tenu de ce qui précède et du fait que le refus n'est autorisé que pour les motifs spécifiés dans le projet de Convention<sup>12</sup>, il y a désormais lieu de déterminer comment le projet de Convention (ou le Rapport explicatif) devrait indiquer clairement que le tribunal requis peut refuser l'exécution en raison de l'expiration d'un délai de prescription.

6 Cette question peut devenir complexe pour les États qui considèrent les délais de prescription comme une question de fond. À l'heure actuelle, le projet révisé de Rapport explicatif décrit les délais de prescription comme un aspect du droit procédural régi par le droit interne de l'État requis en vertu de l'article 14 (Procédure)<sup>13</sup>. L'expiration d'un délai de prescription constitue donc un motif de refus dans les États qui considèrent les délais de prescription comme étant une question de procédure. Toutefois, l'article 14 laisse au tribunal requis la possibilité de traiter les délais de prescription comme une question de fond car cette « référence [à l'article 14] au droit de l'État requis couvre ses règles de droit international privé »<sup>14</sup>. Bien qu'il s'agisse d'une solution pour les États qui considèrent les délais de prescription comme substantiels, la voie à suivre pour y parvenir n'est pas claire. Le choix quant au fond se trouve toujours à l'article 14 qui traite de la « Procédure ». On peut difficilement conclure que l'expiration d'un délai de prescription substantiel justifie un motif de refus.

7 *Deuxième question* : Le projet de Convention devrait-il explicitement empêcher toute discrimination à l'encontre des jugements étrangers au motif que les délais de prescription pour leur exécution sont plus courts ? Dans leur droit interne, certains États font preuve de discrimination à l'égard des jugements étrangers en prescrivant un délai de prescription plus court pour leur exécution que celui appliqué à leurs jugements nationaux. Dans ce cas, des délais de prescription asymétriques risquent de saper les principes de non-discrimination et de bonne foi qui sont énoncés dans d'autres dispositions du projet de Convention<sup>15</sup>.

8 Une brève description de l'historique des négociations (section II) et des délais de prescription nationaux et internationaux applicables à l'exécution des jugements étrangers (sections III et IV) pourrait aider à comprendre les questions soulevées ci-dessus.

## II DISCUSSION AUTOUR DU CONTEXTE GÉNÉRAL DES DÉLAIS DE PRESCRIPTION EN VERTU DU PROJET DE CONVENTION

9 Avant de poursuivre la discussion, il serait utile de clarifier le terme « exécution » utilisé dans le projet de Convention. À cet égard, le projet révisé de Rapport explicatif opère une distinction entre, d'une part, l'exequatur, ou l'enregistrement aux fins d'exécution et, d'autre part, l'exé-

cution en tant que telle<sup>16</sup>. Les premiers termes désignent la procédure dite d'exequatur, c'est-à-dire la procédure spéciale par laquelle l'autorité compétente de l'État requis confirme ou déclare que le jugement étranger est exécutoire dans cet État. Le second terme désigne la procédure juridique par laquelle les tribunaux (ou les autorités compétentes) de l'État requis veillent à ce que le débiteur du jugement obéisse au jugement étranger. Celui-ci comprend des mesures telles que la saisie, la confiscation, la saisie-arêt, etc.<sup>17</sup> L'exécution du jugement étranger présuppose l'exequatur ou un enregistrement aux fins d'exécution, et cette procédure, y compris l'exécution, est régie par le droit procédural interne de l'État requis, conformément à l'article 14(1).

10 Les délais de prescription ont fait l'objet de discussions tout au long des réunions de la Commission spéciale et plusieurs propositions ont été soumises.

11 Une Note explicative préparée par le Bureau Permanent<sup>18</sup> suggère d'adopter le délai de prescription le plus long, celui du droit de l'État d'origine ou de l'État requis, qui suit l'article 32(5)<sup>19</sup> de la *Convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille* (ci-après, la « Convention Recouvrement des aliments de 2007 »)<sup>20</sup>. La Note explicative suggère également d'inclure une disposition de non-discrimination exigeant que le tribunal requis applique un délai de prescription n'étant pas moins favorable que celui appliqué aux jugements internes<sup>21</sup>. La Note explicative précisait que cela faciliterait les « mesures d'exécution au moins équivalentes à celles qui sont applicables aux affaires internes »<sup>22</sup>.

12 Des propositions ont été faites lors des réunions de la Commission spéciale, suggérant trois approches distinctes :

- a) indiquer à l'article 14 que le droit de l'État requis détermine les délais de prescription (ci-après, la « première approche »)<sup>23</sup> ;
- b) indiquer à l'article 7(1) que l'expiration d'un délai de prescription constitue un motif de refus d'exécution (ci-après, la « deuxième approche »)<sup>24</sup> ; et

<sup>16</sup> Dans d'autres dispositions du projet de Convention, le terme « exécution » est utilisé au sens de « l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution » (voir par ex. art. 5 ou 7), ne s'étendant donc pas à « l'exécution ».

<sup>17</sup> Projet révisé de Rapport explicatif (*op. cit.* note 13), para. 354.

<sup>18</sup> « Note explicative établissant le contexte du Projet de texte et répertoriant les questions en suspens », établie par le Bureau Permanent, Doc. pré-l. No 2 d'avril 2016 à l'attention de la Commission spéciale de juin 2016 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (ci-après, la « Note explicative », voir chemin d'accès indiqué à la note 13), para. 204.

<sup>19</sup> Convention Recouvrement des aliments de 2007, art. 32(5) : « Le délai de prescription relatif à l'exécution des arrérages est déterminé par la loi, de l'État d'origine de la décision ou de l'État requis, qui prévoit le délai le plus long. » Voir également le Rapport explicatif sur la Convention Recouvrement des aliments de 2007, établi par Alegria Borrás et Jennifer Degeling avec l'assistance de William Duncan et Philippe Lortie (Bureau Permanent), in *Actes et documents de la Vingt et unième session (2007)*, tome I, *Obligations alimentaires*, La Haye, HCCH, 2020, p. II-396 à II-568 (également disponible sur le site web de la HCCH, à l'adresse <www.hcch.net>, sous l'Espace spécialisé « Recouvrement des aliments »), para. 578 et 579.

<sup>20</sup> Note explicative (*loc. cit.* note 18).

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> *Ibid.*, para. 221. Il a été suggéré d'ajouter ce qui suit à l'article 4 ou comme disposition distincte :

« Un jugement déclaré exécutoire en vertu de la présente Convention est exécuté au même titre que s'il avait été rendu par un tribunal de l'État requis. »

Pour les jugements exécutoires en vertu de la Convention, l'État requis prévoit des mesures d'exécution au moins équivalentes à celles qui sont applicables aux affaires internes. » Voir également la Convention Recouvrement des aliments de 2007, art. 33.

<sup>23</sup> Procès-verbaux de la CS de juin 2016 (*op. cit.* note 3), Procès-verbal No 11, para. 98 et 99.

<sup>24</sup> Procès-verbaux de la CS de mai 2018 (*op. cit.* note 11), Procès-verbal No 5, para. 51. Voir également les Procès-verbaux de la CS de juin 2016 (*op. cit.* note 3), Procès-verbal No 13, para. 46.

<sup>11</sup> Procès-verbaux de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 24 au 29 mai 2018) (ci-après, « Procès-verbaux de la CS de mai 2018 »), voir chemin d'accès indiqué à la note 3), Procès-verbal No 5, para. 63. Voir également l'Aide-mémoire du Président de la Commission spéciale de mai 2018 (ci-après, l'« Aide-mémoire de mai 2018 »), voir Cahier 3, p. 336, du présent tome, para. 27.

<sup>12</sup> Art. 4(1).

<sup>13</sup> « Convention sur les jugements : Rapport explicatif préliminaire révisé », établi par Francisco Garcimartín et Geneviève Saumier, Doc. pré-l. No 1 de décembre 2018 à l'attention de la Vingt-deuxième session sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 18 juin au 2 juillet 2019) (ci-après, le « projet révisé de Rapport explicatif »), ci-dessus p. 10 du présent Cahier, para. 355.

<sup>14</sup> *Ibid.*, note 252. Voir également les Rapports de la CS de juin 2016 (*op. cit.* note 3), Procès-verbal No 12, para. 24 et 27.

<sup>15</sup> Par ex. art. 15(1).

allowed to refuse enforcement due to the expiration of a limitation period in accordance with its own law.<sup>11</sup> In light of this and based on the fact that refusal is only permitted on the grounds specified in the draft Convention,<sup>12</sup> it becomes necessary to determine how the draft Convention (or the Explanatory Report) should make it clear that the court addressed may refuse enforcement on the basis of a lapsed limitation period.

6 This issue may become complex for those States considering limitation periods as a matter of substance. Currently, the revised draft Explanatory Report describes limitation periods as an aspect of procedural law governed by the law of the requested State under Article 14 (Procedure).<sup>13</sup> The lapse of a limitation period therefore provides a ground for refusal in States that consider limitation periods to be a matter of procedure. However, Article 14 leaves it open to the court addressed to treat limitation periods as a substantive matter, because the “reference [in Article 14] to the law of the requested State includes its private international law rules”.<sup>14</sup> While this provides a solution for States that treat limitation periods as substantive, the path to it is unclear. The substantive choice is still located within Article 14 which deals with “Procedure”. It is less clear that the lapse of a substantive limitation period supports a ground for refusal.

7 *Second issue:* Should the draft Convention explicitly prevent discrimination against foreign judgments on the basis of shorter limitation periods for their enforcement? Within their domestic law, some States discriminate against foreign judgments by prescribing a shorter limitation period for their enforcement than the period applied to its domestic judgments. Where this is the case, asymmetrical limitation periods may erode principles of non-discrimination and good faith that are upheld elsewhere under the draft Convention.<sup>15</sup>

8 A brief description of the history of negotiations (Section II) and the national and international limitation periods applicable to the enforcement of foreign judgments (Sections III and IV, respectively) could help to understand the issues raised above.

## II GENERAL BACKGROUND DISCUSSION OF LIMITATION PERIODS UNDER THE DRAFT CONVENTION

9 Before proceeding with the discussion, it would be useful to clarify the term “enforcement” used in the draft Convention. In this regard, the revised draft Explanatory Report makes a distinction between, on the one hand, a declaration of enforceability or registration for enforcement

and, on the other hand, enforcement (execution).<sup>16</sup> The first terms refer to the so-called *exequatur* proceedings, *i.e.*, the special proceedings by which the competent authority of the requested State confirms or declares that the foreign judgment is enforceable in that State. The second term refers to the legal procedure by which the courts (or competent authorities) of the requested State ensure that the judgment debtor obeys the foreign judgment. It includes measures such as seizure, confiscation, attachment, etc.<sup>17</sup> The enforcement of a foreign judgment presupposes a declaration of enforceability or a registration for enforcement, and such proceedings, including also enforcement/execution, are governed by the domestic procedural law of the requested State, pursuant to Article 14(1).

10 Limitation periods have been discussed throughout the meetings of the Special Commission and several proposals have been submitted.

11 An Explanatory Note prepared by the Permanent Bureau<sup>18</sup> suggested adopting whichever is the longer limitation period, that of the law of the State of origin or the law of the requested State, which follows Article 32(5)<sup>19</sup> of the *Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance* (hereinafter, “2007 Child Support Convention”).<sup>20</sup> The Explanatory Note also suggested including a non-discrimination provision requiring the court addressed to apply a limitation period no less favourable than the limitation period applied to domestic judgments.<sup>21</sup> The Explanatory Note explained that this would facilitate “at least the same range of enforcement methods for judgments enforceable under the Convention as are available in domestic cases”.<sup>22</sup>

12 Proposals were made during the Special Commission meetings suggesting three different approaches:

- a) inserting in Article 14 that the law of the requested State determines limitation periods (hereinafter, the “first approach”);<sup>23</sup>
- b) inserting in Article 7(1) that the expiry of a limitation period is a ground for refusal of enforcement (hereinafter, the “second approach”);<sup>24</sup> and

<sup>11</sup> Minutes of the Fourth Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (24-29 May 2018) (hereinafter, “May 2018 SC Minutes”, see path indicated in note 3), Minutes No 5, para. 63. See also *Aide memoire* of the Chair of the Special Commission of May 2018 (hereinafter, “*Aide memoire* of May 2018”), see Book 3, p. 337, of this tome, para. 27.

<sup>12</sup> Art. 4(1).

<sup>13</sup> “Judgments Convention: Revised Draft Explanatory Report”, drawn up by Francisco Garcimartin and Geneviève Saumier, Prel. Doc. No 1 of December 2018 for the attention of the Twenty-Second Session on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (18 June – 2 July 2019) (hereinafter, “revised draft Explanatory Report”), *supra* p. 11 of this Book, para. 355.

<sup>14</sup> *Ibid.*, note 252. See also June 2016 SC Minutes (*op. cit.* note 3), Minutes No 12, paras 24 and 27.

<sup>15</sup> *E.g.*, Art. 15(1).

<sup>16</sup> In other provisions of the draft Convention, the term “enforcement” is used with the meaning of “declaration of enforceability or registration for enforcement” (see, *e.g.*, Art. 5 or 7), thus not extending to “enforcement/execution”.

<sup>17</sup> Revised draft Explanatory Report (*op. cit.* note 13), para. 354.

<sup>18</sup> “Explanatory Note providing background on the Proposed Draft Text and identifying outstanding issues”, drawn up by the Permanent Bureau, Prel. Doc. No 2 of April 2016 for the attention of the Special Commission of June 2016 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (hereinafter, the “Explanatory Note”, see path indicated in note 13), para. 203.

<sup>19</sup> 2007 Child Support Convention, Art. 32(5): “Any limitation on the period for which arrears may be enforced shall be determined either by the law of the State of origin of the decision or by the law of the State addressed, whichever provides for the longer limitation period.” See also the Explanatory Report on the 2007 Child Support Convention, drawn up by Alegria Borrás and Jennifer Degeling with the assistance of William Duncan and Philippe Lortie (Permanent Bureau), in *Proceedings of the Twenty-First Session (2007)*, Tome 1, *Child support*, The Hague, HCCH, 2020, pp. II-397 to II-569 (also available on the HCCH website at <www.hcch.net> under the “Child Support” Specialised Section), paras 578-579.

<sup>20</sup> Explanatory Note (*loc. cit.* note 18).

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> *Ibid.*, para. 220. It was suggested that the following could be added into Art. 4 or as a separate provision:

“A judgment which is declared enforceable under this Convention shall be enforced as if it were given by a court of the requested State.

The requested State shall provide at least the same range of enforcement methods for judgments enforceable under the Convention as are available in domestic cases.” See also the 2007 Child Support Convention, Art. 33.

<sup>23</sup> June 2016 SC Minutes (*op. cit.* note 3), Minutes No 11, paras 98-99.

<sup>24</sup> May 2018 SC Minutes (*op. cit.* note 11), Minutes No 5, para. 51. See also June 2016 SC Minutes (*op. cit.* note 3), Minutes No 13, para. 46.

- c) conserver le texte actuel qui ne fait pas expressément référence aux délais de prescription, mais indiquer dans le Rapport explicatif que le droit de l'État requis détermine le délai de prescription (ci-après, la « troisième approche »)<sup>25</sup>.

13 Les auteurs des première et deuxième approches ont estimé que leurs craintes pouvaient être reflétées dans le Rapport explicatif et n'ont pas donné suite à leurs propositions lors des réunions de la Commission spéciale<sup>26</sup>. Toutefois, par souci de commodité, les première et deuxième propositions sont brièvement décrites ci-dessous.

14 En ce qui concerne la première approche, la Commission spéciale a examiné deux propositions de dispositions :

« Le délai de prescription pour la reconnaissance et l'exécution est déterminé par le droit de l'État requis »<sup>27</sup> ; et

« Les procédures d'exécution d'un jugement en vertu de la Convention doivent être introduites dans les délais prévus par le droit interne de l'État requis »<sup>28</sup>.

15 Cette approche a permis de préciser que le droit de l'État requis détermine le délai de prescription, mais elle ne règle pas de manière générale la question de savoir si l'article 14, à lui seul, permet au tribunal requis de refuser l'exécution au motif que le délai d'exécution d'un jugement est expiré. En outre, cette approche présuppose que la question du délai de prescription est une question de procédure.

16 En ce qui concerne la deuxième approche, un motif de refus suggéré à l'article 7(1) du projet de Convention était le suivant : « Conformément au droit de l'État requis, le délai de prescription pour l'exécution d'un jugement a expiré. »<sup>29</sup> Cela permettrait au tribunal requis de rejeter une demande lorsque le délai de prescription pour l'exécution a expiré en vertu du droit de l'État requis, même si le délai de prescription n'a pas encore expiré dans l'État d'origine. Cette approche, qui n'identifie pas les délais de prescription ni sur le plan de la procédure ni sur le fond, aide à concilier le fait que certains États considèrent les délais de prescription comme étant une question de fond<sup>30</sup>.

17 La troisième approche juge suffisant de traiter de la question des délais de prescription dans le projet de Rapport explicatif<sup>31</sup>. Le projet révisé de Rapport explicatif précise que le « droit de l'État requis » comprend ses règles de droit international privé. Ainsi, les règles de droit interna-

tional privé de l'État requis pourraient, par exemple, renvoyer au délai de prescription prescrit par l'État d'origine<sup>32</sup>.

18 Lors de ses diverses réunions, la Commission spéciale est partie du postulat selon lequel le texte du projet de Convention ne serait pas modifié et le Rapport explicatif préciserait que les délais de prescription seraient déterminés par le droit de l'État requis, y compris ses règles de droit international privé<sup>33</sup>. La Commission spéciale a également relevé la volonté de permettre à l'État requis de refuser l'exécution en raison de l'expiration du délai de prescription<sup>34</sup>. Lors de sa Quatrième et dernière réunion, la Commission spéciale a conclu qu'aucune modification ne devrait être apportée au projet de Convention, les délais de prescription étant traités de manière adéquate à l'article 14 et au sein du projet de Rapport explicatif l'accompagnant<sup>35</sup>.

19 En ce qui concerne le principe de non-discrimination, il a été proposé d'inclure dans le Rapport explicatif qu'« il ne doit pas y avoir de discrimination dans l'application du délai de prescription entre les jugements internes et étrangers »<sup>36</sup>. La Commission spéciale est partie du principe selon lequel le principe de non-discrimination pourrait être invoqué dans le Rapport explicatif afin de se prémunir contre des droits nationaux prescrivant un délai de prescription plus court pour les jugements étrangers<sup>37</sup>. Le projet révisé de Rapport explicatif indique que « les jugements rendus dans d'autres États, s'ils sont reconnus et exécutés, doivent être traités comme des jugements nationaux »<sup>38</sup>. Cette explication pourrait également s'étendre à la durée du délai de prescription applicable. Les co-Rapporteurs se réfèrent également à l'obligation énoncée dans la *Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités* selon laquelle un traité doit être interprété « de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »<sup>39</sup>.

20 Le présent document s'attelle désormais à passer en revue les droits nationaux et internationaux en matière de délais de prescription applicables à l'exécution des jugements étrangers.

### III DÉLAIS DE PRESCRIPTION POUR L'EXÉCUTION DES JUGEMENTS ÉTRANGERS EN VERTU DES DROITS NATIONAUX

21 Cette section décrit brièvement les délais de prescription qui prescrivent (la reconnaissance et) l'exécution des jugements étrangers en Australie, au Canada, en Chine, au Japon, à Singapour, en Suisse et dans la Fédération de Russie. Celle-ci met notamment en lumière les caractéristiques suivantes des délais de prescription : s'ils sont considérés comme procéduraux ou substantiels, si un délai de prescription spécifique s'applique à l'exécution des jugements étrangers (ou si le délai de prescription est le même que pour l'exécution des jugements internes), et la durée de ce délai de prescription.

<sup>25</sup> Projet révisé de Rapport explicatif (*loc. cit.* note 13). Voir également les Procès-verbaux de la CS de juin 2016 (*op. cit.* note 3), Procès-verbal No 12, para. 27.

<sup>26</sup> *Ibid.*, para. 24 à 27.

<sup>27</sup> Doc. trav. No 50, proposition de la délégation d'Israël, distribué (en anglais uniquement) le 7 juin 2016 (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du premier au 9 juin 2016)) [*traduction du Bureau Permanent*], voir Cahier 3, p. 47, du présent tome.

<sup>28</sup> Doc. trav. No 56, proposition de la délégation de l'Australie, distribué (en anglais uniquement) le 7 juin 2016 (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du premier au 9 juin 2016)) [*id.*], voir Cahier 3, p. 48, du présent tome.

<sup>29</sup> Doc. trav. No 193, proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique, distribué (en anglais uniquement) en octobre 2017 (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 13 au 17 novembre 2017)) [*id.*], voir Cahier 3, p. 214, du présent tome. Voir également Doc. trav. No 75, proposition des délégations de l'Argentine, de l'Australie et des États-Unis d'Amérique, distribué (en anglais uniquement) le 9 juin 2016 (Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du premier au 9 juin 2016)), voir Cahier 3, p. 60, du présent tome.

<sup>30</sup> Procès-verbaux de la CS de juin 2016 (*op. cit.* note 3), Procès-verbal No 13, para. 46.

<sup>31</sup> Procès-verbaux de la CS de mai 2018 (*op. cit.* note 11), Procès-verbal No 5, para. 62 ; et Procès-verbal No 6, para. 32. Voir également le projet révisé de Rapport explicatif (*loc. cit.* note 13).

<sup>32</sup> *Ibid.* et note 252.

<sup>33</sup> Procès-verbaux de la CS de juin 2016 (*op. cit.* note 3), Procès-verbal No 12, para. 27.

<sup>34</sup> Procès-verbaux de la CS de mai 2018 (*op. cit.* note 11), Procès-verbal No 5, para. 63.

<sup>35</sup> Aide-mémoire de mai 2018 (*loc. cit.* note 11).

<sup>36</sup> Doc. trav. No 75 (*op. cit.* note 29) [*traduction du Bureau Permanent*].

<sup>37</sup> Procès-verbaux de la CS de juin 2016 (*op. cit.* note 3), Procès-verbal No 13, para. 46 à 62 ; Procès-verbaux de la CS de mai 2018 (*op. cit.* note 11), Procès-verbal No 6, para. 29 à 41.

<sup>38</sup> Projet révisé de Rapport explicatif (*loc. cit.* note 13).

<sup>39</sup> *Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités*, art. 31(1). Voir également le projet révisé de Rapport explicatif (*loc. cit.* note 13).

- c) retaining the current text that does not expressly refer to limitation periods but stating in the Explanatory Report that the law of the requested State shall determine the limitation period (hereinafter, the “third approach”).<sup>25</sup>

13 The proponents of the first and second approaches considered that their concerns can be addressed by the Explanatory Report and did not pursue their proposals further at the Special Commission meetings.<sup>26</sup> However, for convenience of reference, the first and second proposals are briefly outlined below.

14 As regards the first approach, the Special Commission considered two proposed clauses:

“The statute of limitations for recognition and enforcement shall be determined by the law of the requested State”;<sup>27</sup> and

“Proceedings to enforce a judgment under the Convention must be brought within the time limits laid down by the national law of the requested State”.<sup>28</sup>

15 This approach helped to clarify that the law of the requested State determines the limitation period, but it does not generally solve the question of whether Article 14 was sufficient to enable the court addressed to refuse enforcement on the basis that the time for enforcement of a judgment had expired. In addition, this approach presupposes that the limitation periods issue is a matter of procedure.

16 As regards the second approach, a suggested ground for refusal in Article 7(1) of the draft Convention was: “[I]n accordance with the law of the requested State, the limitation period for enforcement of a judgment has expired.”<sup>29</sup> This would allow the court addressed to refuse an application where the limitation period for enforcement had expired under the law of the requested State, notwithstanding that the limitation period had not yet expired in the State of origin. This approach, which does not identify limitation periods either as a matter of procedure or substance, helps to reconcile the fact that some States consider limitation periods as substantive.<sup>30</sup>

17 The third approach considered it sufficient to deal with the matter of limitation periods in the draft Explanatory Report.<sup>31</sup> The revised draft Explanatory Report specifies that the “law of the requested State” includes its rules of private international law. Thus, the private international

law rules of the requested State could, for example, refer back to the limitation period prescribed by the State of origin.<sup>32</sup>

18 At its various meetings, the Special Commission proceeded on the basis that the text of the draft Convention would not be changed, and the Explanatory Report would clarify that limitation periods would be determined by the law of the requested State, including its private international law rules.<sup>33</sup> The Special Commission also noted the desire to allow the requested State to refuse enforcement on the ground of an expired limitation period.<sup>34</sup> At its Fourth and last meeting, the Special Commission concluded that no amendment should be made to the draft Convention, as limitation periods were adequately addressed by Article 14 and the accompanying draft Explanatory Report.<sup>35</sup>

19 Regarding the principle of non-discrimination, a proposal was made for the inclusion in the Explanatory Report that “[t]here must be non-discrimination in the application of the limitations period between internal and external judgments”.<sup>36</sup> The Special Commission proceeded on the basis that the principle of non-discrimination could be referred to in the Explanatory Report to guard against national laws prescribing a shorter limitation period for foreign judgments.<sup>37</sup> The revised draft Explanatory Report states that “judgments given in other States, if they are recognised and enforced, are to be treated in the same manner as domestic judgments”.<sup>38</sup> This explanation could also extend to the length of the applicable limitation period. The *co-Rapporteurs* also refer to the obligation set out in the *Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties* that a treaty should be interpreted “in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”.<sup>39</sup>

20 This Note now turns to examine the national and international laws concerning the limitation periods applicable to the enforcement of foreign judgments.

### III LIMITATION PERIODS FOR THE ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS UNDER NATIONAL LAWS

21 This Section briefly describes the limitation periods that prescribe the (recognition and) enforcement of foreign judgments in Australia, Canada, China, Japan, Singapore, Switzerland and the Russian Federation. Amongst other aspects, it highlights the following features of limitation periods: whether they are treated as procedural or substantive, whether a specific limitation period applies to the enforcement of foreign judgments (or whether the limitation period is the same as for the enforcement of domestic judgments), and the length of the relevant limitation period.

<sup>25</sup> Revised draft Explanatory Report (*loc. cit.* note 13). See also June 2016 SC Minutes (*op. cit.* note 3), Minutes No 12, para. 27.

<sup>26</sup> *Ibid.*, paras 24-27.

<sup>27</sup> Work. Doc. No 50, proposal of the delegation of Israel, distributed on 7 June 2016 (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (1-9 June 2016)), see Book 3, p. 47, of this tome.

<sup>28</sup> Work. Doc. No 56, proposal of the delegation of Australia, distributed on 7 June 2016 (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (1-9 June 2016)), see Book 3, p. 48, of this tome.

<sup>29</sup> Work. Doc. No 193, proposal of the delegation of the United States of America, distributed in October 2017 (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2017)), see Book 3, p. 214, of this tome. See also Work. Doc. No 75, proposal of the delegations of Argentina, Australia and the United States of America, distributed on 9 June 2016 (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (1-9 June 2016)), see Book 3, p. 60, of this tome.

<sup>30</sup> June 2016 SC Minutes (*op. cit.* note 3), Minutes No 13, para. 46.

<sup>31</sup> May 2018 SC Minutes (*op. cit.* note 11), Minutes No 5, para. 62; and Minutes No 6, para. 32. See also revised draft Explanatory Report (*loc. cit.* note 13).

<sup>32</sup> *Ibid.* and note 252.

<sup>33</sup> June 2016 SC Minutes (*op. cit.* note 3), Minutes No 12, para. 27.

<sup>34</sup> May 2018 SC Minutes (*op. cit.* note 11), Minutes No 5, para. 63.

<sup>35</sup> *Aide memoire* of May 2018 (*loc. cit.* note 11).

<sup>36</sup> Work. Doc. No 75 (*op. cit.* note 29).

<sup>37</sup> June 2016 SC Minutes (*op. cit.* note 3), Minutes No 13, paras 46-62; May 2018 SC Minutes (*op. cit.* note 11), Minutes No 6, paras 29-41.

<sup>38</sup> Revised draft Explanatory Report (*loc. cit.* note 13).

<sup>39</sup> *Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties*, Art. 31(1). See also revised draft Explanatory Report (*loc. cit.* note 13).

## 1 Droit australien

22 Le droit australien considère que les délais de prescription sont substantiels<sup>40</sup>.

23 Le délai de prescription pour une demande de reconnaissance ou d'exécution d'un jugement étranger en Australie dépend des moyens par lesquels le jugement devrait être reconnu ou exécuté. La *common law* régit généralement la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers ; toutefois, on y déroge lorsqu'il s'agit de jugements étrangers qui peuvent être enregistrés en vertu de la *Loi sur les jugements étrangers de 1991* (*Foreign Judgments Act 1991* (Cth)) et de jugements de la Nouvelle-Zélande qui peuvent être enregistrés en vertu de la *Loi Trans-Tasman sur les procédures de 2010* (*Trans-Tasman Proceedings Act 2010* (Cth)).

24 En vertu de la *common law*, l'exécution d'un jugement étranger se fait au moyen d'une nouvelle procédure sur la cause d'action sous-jacente ou d'une action de *common law* en recouvrement d'une créance. Cette action doit être entamée dans le délai de prescription prescrit par le droit de l'état ou du territoire où l'exécution est demandée. Ces délais varient entre 12 ou 15 ans, selon l'état ou territoire<sup>41</sup>, et s'appliquent dans le cadre du droit matériel régissant l'application<sup>42</sup>. Ce mode d'exécution des jugements étrangers est différent du système intra-étatique d'exécution des jugements des différents états et territoires australiens, qui exige simplement le dépôt et l'enregistrement des jugements<sup>43</sup>.

25 La *Loi sur les jugements étrangers de 1991* met en place un processus spécial de reconnaissance des jugements étrangers par le biais de l'enregistrement et n'est accessible qu'aux jugements étrangers d'États étrangers particuliers ou d'une ou plusieurs de leurs unités territoriales<sup>44</sup>, avec lesquels l'Australie entretient des relations réciproques en vue de leur reconnaissance et exécution. En vertu de ce régime, le jugement étranger doit être enregistré dans les six ans suivant la date du jugement ou la date du dernier jugement en appel<sup>45</sup>. Il est important de noter que le jugement ne sera pas enregistré s'il ne peut pas être exécuté dans l'État du tribunal d'origine<sup>46</sup>, ce qui laisse à penser que l'expiration d'un délai de prescription pertinent dans l'État d'origine peut rendre l'enregistrement difficile en Australie.

26 En vertu de la *Loi Trans-Tasman sur les procédures de 2010*, une demande d'enregistrement d'un jugement néo-zélandais enregistrable doit également être présentée dans les six ans suivant le jour où le jugement (ou le dernier jugement en appel) a été rendu<sup>47</sup>, sauf si une personne autorisée demande un délai de prescription plus long. Dans ce

<sup>40</sup> *John Pfeiffer Pty Ltd c. Rogerson* [2000] HCA 36, para. 97 à 100. Cette position est parfois consacrée par la loi, par exemple la *Limitation of Actions Act 1938* (SA), art. 38A ; la *Limitation Act 1969* (NSW), 78(2) ; la *Limitation of Actions Act 1974* (Qld), art. 43A(2) ; la *Limitation Act 1985* (ACT), art. 56 ; la *Limitation Act 1974* (Tas), art. 32C.

<sup>41</sup> En Nouvelle-Galles du Sud (NSW), dans le Queensland (Qld), dans le Territoire du Nord (NT), dans le Territoire de la capitale australienne (ACT) et en Tasmanie (Tas), 12 ans après que le jugement a été rendu exécutoire : *Limitation Act 1969* (NSW), art. 17 ; *Limitation of Actions Act 1974* (Qld), art. 17(4) ; *Limitation Act 1981* (NT), art. 15 ; *Limitation Act 1985* (ACT), art. 14(1) ; *Limitation Act 1974* (Tas), art. 4(4). Dans les États de Victoria (Vic) et d'Australie-Méridionale (SA), 15 ans à compter du moment où le jugement est devenu exécutoire : *Limitation of Actions Act 1956* (Vic), art. 5(4) ; *Limitation of Actions Act 1936* (SA), art. 34. En Australie-Occidentale (WA), le délai de prescription général de six ans s'applique : *Limitation Act 2005* (WA), para. 13(1).

<sup>42</sup> C.-à-d. qu'elles ne s'appliquent pas en tant qu'aspect du droit procédural du tribunal de l'état ou du territoire.

<sup>43</sup> *Service and Execution of Process Act 1992* (Cth), art. 105.

<sup>44</sup> *Foreign Judgments Regulations 1992* (Cth), Schedule.

<sup>45</sup> *Foreign Judgments Act 1991* (Cth), art. 6(1).

<sup>46</sup> *Ibid.*, art. 6(6)(b).

<sup>47</sup> *Trans-Tasman Proceedings Act 2010* (Cth), art. 67(5)(c)(i)-(ii).

cas, le tribunal peut fixer un délai plus long qu'il juge approprié<sup>48</sup>.

## 2 Droit canadien (Québec et Ontario)

27 Au Canada, les délais de prescription pour la reconnaissance et l'exécution d'un jugement sont réglementés différemment selon les provinces et territoires. Au Québec, les délais de prescription « sont une question de fond », « comme c'est souvent le cas dans les systèmes de droit civil »<sup>49</sup>. La Cour d'appel du Québec a indiqué dans l'affaire *Minkoff c. Society of Lloyd's* que les délais de prescription sont une question de fond en vertu de l'article 3131 du CCQ et que, par conséquent, le délai de prescription pertinent pour l'exécution du jugement sera celui prévu par le droit de l'État d'origine<sup>50</sup>. Toutefois, si le délai de prescription à l'étranger n'est pas invoqué, le tribunal du Québec appliquera le délai de prescription québécois pertinent. À cet égard, le CCQ ne prévoit pas de règles précises sur les délais de prescription pour l'exécution des jugements étrangers.

28 En Ontario, un jugement étranger est considéré comme une simple dette contractuelle et est assujéti à un délai de prescription général de deux ans<sup>51</sup>. Les jugements internes sont traités différemment et leur exécution n'est pas soumise à un délai de prescription<sup>52</sup>. Dans l'affaire *Independence Plaza 1 Associates, L.L.C. c. Figliolini*, la Cour d'appel de l'Ontario résume les différents délais de prescription applicables aux procédures judiciaires étrangères et aux jugements internes dans d'autres provinces<sup>53</sup>.

## 3 Droit chinois

29 En République populaire de Chine (ci-après, la « RPC »), une interprétation judiciaire de la Loi de procédure civile

<sup>48</sup> *Ibid.*, art. 67(5)(c)(iii).

<sup>49</sup> *Yugraneft Corp. c. Rexx Management Corp.* 2010 CSC 19, [2010] 1 R.C.S. 649, para. 16 ; *Tolofson c. Jensen ; Lucas (Tuteur au litige de) c. Gagnon*, [1994] 3 R.C.S. 1022, p. 1069. Voir également Code civil du Québec (ci-après, le « CCQ »), art. 3131 : « La prescription est régie par la loi qui s'applique au fond du litige. »

<sup>50</sup> 2004 CanLII 964 (QC CA).

<sup>51</sup> *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, LO 2002, ch. 24, annexe B ; art. 4 : « Sauf disposition contraire de la présente loi, aucune instance relative à une réclamation ne peut être introduite après le deuxième anniversaire du jour où sont découverts les faits qui ont donné naissance à la réclamation. » Dans l'affaire *Independence Plaza 1 Associates, L.L.C. c. Figliolini*, 2017 ONCA 44, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que le délai de prescription de deux ans pour une demande relative à un jugement étranger ne court qu'à partir de la date à laquelle « le délai d'appel du jugement dans la juridiction étrangère a expiré » ou la date à laquelle « tous les recours ont été épuisés » (para. 77), c.-à-d., la date d'une décision d'appel (para. 59), et « jusqu'à ce que le créancier du jugement sache ou aurait dû savoir que le débiteur du jugement avait des biens exigibles en Ontario et pouvait obtenir signification par voie de procédure » (para. 82). Cela a pour but de décourager une multiplicité de procédures inutiles si le titre de créance sous-jacent à la demande de l'Ontario est par la suite annulé en appel dans l'État d'origine (para. 80). Ce n'est qu'une fois ces recours épuisés que le créancier du jugement est réputé « avoir raisonnablement su qu'une procédure en Ontario serait un moyen approprié pour tenter de remédier à sa perte » (para. 83) [*traductions du Bureau Permanent*].

<sup>52</sup> *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, LO 2002, ch. 24, annexe B ; art. 16(1)(b).

<sup>53</sup> *Independence Plaza 1 Associates, L.L.C. c. Figliolini*, 2017 ONCA 44, para. 61 : « Il convient également de noter que plusieurs provinces ont soumis les procédures relatives aux jugements étrangers à un délai de prescription spécial qui est distinct de celui qui s'applique aux procédures relatives aux jugements nationaux. La *Loi sur la prescription* de la Colombie-Britannique assujéti les jugements 'locaux' à un délai de prescription de dix ans en vertu de l'article 7, mais elle traite séparément des 'jugements extra provinciaux'. L'article 2(1)(l) de la *Loi sur la prescription des actions* du Manitoba, C.P.L.M.C., c. L150, traite les 'jugements canadiens' différemment des autres jugements. Terre-Neuve fixe un délai de prescription de six ans pour une action 'd'exécution d'un jugement étranger' et un délai de dix ans pour les actions en exécution d'un jugement d'un tribunal de la province : voir *Loi sur la prescription*, S.N.L. 1995, c. L-16.1, art. 6(1)(g). Et la *Loi sur la prescription* de l'Île-du-Prince-Édouard, L.R.Î.-P.-É. 1988, ch. S-7, art. 2(1)(f), établit une distinction entre les 'jugements extraprovinciaux' et les autres jugements » [*traduction du Bureau Permanent*].



## 1 Australian law

22 Australian law considers limitation periods to be substantive.<sup>40</sup>

23 The limitation period for an application to recognise or enforce a foreign judgment in Australia depends on the means by which the judgment should be recognised or enforced. The common law generally governs the recognition and enforcement of foreign judgments; however, it has been displaced in relation to foreign judgments that are registrable under the *Foreign Judgments Act 1991* (Cth) and to judgments from New Zealand registrable under the *Trans-Tasman Proceedings Act 2010* (Cth).

24 Under the common law, the enforcement of a foreign judgment is done by way of a fresh proceeding on the underlying cause of action, or by a common law action for debt. It must be commenced within the statutory limitation period prescribed by the jurisdiction in which enforcement is sought. The periods differ between 12 or 15 years, depending on the state or territory,<sup>41</sup> and apply as part of the substantive law governing the application.<sup>42</sup> This means of enforcing foreign judgments is different to the intra-state system of enforcing judgments from the various Australian states and territories, which simply requires lodgement and registration of judgments.<sup>43</sup>

25 The *Foreign Judgments Act 1991* (Cth) sets up a special process for recognising foreign judgments through registration and is only available to foreign judgments from particular foreign States, or one or more of their territorial units,<sup>44</sup> with which Australia has reciprocal relations for recognition and enforcement. Under this regime, the foreign judgment must be registered within six years after either the date of the judgment, or the date of the last appeal judgment.<sup>45</sup> Importantly, the judgment will not be registered if it cannot be enforced in the State of the original court,<sup>46</sup> suggesting that the expiration of a relevant limitation period in the State of origin may present difficulties for registration in Australia.

26 Under the *Trans-Tasman Proceedings Act 2010* (Cth), an application to register a registrable New Zealand judgment must also be made within six years after the day the judgment (or last appeal judgment) was given,<sup>47</sup> unless an entitled person applies for a longer limitation period. In that

<sup>40</sup> *John Pfeiffer Pty Ltd v. Rogerson* [2000] HCA 36, paras 97-100. The position is sometimes enshrined in legislation, for example *Limitation of Actions Act 1938* (SA), s 38A; *Limitation Act 1969* (NSW), 78(2); *Limitation of Actions Act 1974* (Qld), 43A(2); *Limitation Act 1985* (ACT), s 56; and *Limitation Act 1974* (Tas), s 32C.

<sup>41</sup> In NSW, Queensland, Northern Territory, the Australian Capital Territory and Tasmania, 12 years from when the judgment became enforceable: *Limitation Act 1969* (NSW), s 17; *Limitation of Actions Act 1974* (Qld), s 17(4); *Limitation Act 1981* (NT), s 15; *Limitation Act 1985* (ACT), s 14(1); *Limitation Act 1974* (Tas), s 4(4). In Victoria and South Australia, 15 years from when the judgment became enforceable: *Limitation of Actions Act 1956* (Vic), s 5(4); *Limitation of Actions Act 1936* (SA), s 34. In Western Australia, the general limitation period of six years applies: *Limitation Act 2005* (WA), s 13(1).

<sup>42</sup> *I.e.*, they do not apply as an aspect of the state or territory court's procedural law.

<sup>43</sup> *Service and Execution of Process Act 1992* (Cth), s 105.

<sup>44</sup> *Foreign Judgments Regulations 1992* (Cth), Schedule.

<sup>45</sup> *Foreign Judgments Act 1991* (Cth), s 6(1).

<sup>46</sup> *Ibid.*, s 6(6)(b).

<sup>47</sup> *Trans-Tasman Proceedings Act 2010* (Cth), s 67(5)(c)(i)-(ii).

case, the court may determine a longer period it considers appropriate.<sup>48</sup>

## 2 Canadian law (Quebec and Ontario)

27 In Canada, limitation periods for recognition and enforcement of a judgment are regulated differently in different jurisdictions. In Quebec, prescription periods, *i.e.*, limitation periods, “are a matter of substance”, “as is often the case in civil law systems”.<sup>49</sup> The Quebec Court of Appeal indicated in *Minkoff v. Society of Lloyd's* that prescription periods are a matter of substance under Article 3131 of the CCQ, and therefore the prescription period relevant to enforcement of the judgment will be that supplied by the law of the State of origin.<sup>50</sup> However, if the foreign prescription period is not pleaded, then the Quebec court will apply the relevant Quebec prescription period. In that regard, the CCQ does not provide specific rules on limitation periods for the enforcement of foreign judgments.

28 In Ontario, a foreign judgment is regarded as a simple contract debt and is subject to a general two-year limitation period.<sup>51</sup> Domestic judgments are treated differently, and their enforcement is not subject to a period of limitation.<sup>52</sup> In *Independence Plaza 1 Associates, L.L.C. v. Figliolini*, the Court of Appeal for Ontario summarises the different limitation periods applicable to foreign judgment proceedings and to domestic judgments in other provinces.<sup>53</sup>

## 3 Chinese law

29 In the People's Republic of China (hereinafter, “PRC”), a Judicial Interpretation of the PRC Civil Procedure

<sup>48</sup> *Ibid.*, s 67(5)(c)(iii).

<sup>49</sup> *Yugraneft Corp. v. Rexx Management Corp.*, 2010 SCC 19, [2010] 1 S.C.R. 649, para. 16; *Tolofson v. Jensen; Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon*, [1994] 3 S.C.R. 1022, p. 1069. See also Civil Code of Quebec (hereinafter, “CCQ”), Art. 3131: “Prescription is governed by the law applicable to the merits of the dispute.”

<sup>50</sup> 2004 CanLII 964 (QC CA).

<sup>51</sup> *Limitations Act, 2002*, SO 2002, c 24, Sch B; s 4: “Unless this Act provides otherwise, a proceeding shall not be commenced in respect of a claim after the second anniversary of the day on which the claim was discovered.” In *Independence Plaza 1 Associates, L.L.C. v. Figliolini*, 2017 ONCA 44, the Court of Appeal for Ontario held that the two-year limitation period for a claim on a foreign judgment only commences from the date on which “the time to appeal the judgment in the foreign jurisdiction has expired” or the date on which “all appeal remedies have been exhausted” (para. 77), *i.e.*, the date of an appeal decision (para. 59), and “until such time as the judgment creditor knew or ought to have known that the judgment debtor had exigible assets in Ontario and could be served with process” (para. 82). This is to deter a multiplicity of unnecessary proceedings that results if the debt obligation underlying the Ontario claim is later overturned on appeal in the State of origin (para. 80). It is only once these avenues are exhausted that the judgment creditor is taken to “have reasonably known that a proceeding in Ontario would be an appropriate means to seek to remedy its loss” (para. 83).

<sup>52</sup> *Limitations Act, 2002*, SO 2002, c 24, Sch B; s 16(1)(b).

<sup>53</sup> *Independence Plaza 1 Associates, L.L.C. v. Figliolini*, 2017 ONCA 44, para. 61: “It is also noteworthy that several provinces have subjected foreign judgment proceedings to a special limitation period that is distinct from the one that applies to proceedings on domestic judgments. British Columbia's *Limitation Act* subjects ‘local’ judgment proceedings to a ten year limitation period in s. 7, but it deals with ‘extraprovincial judgments’ separately. Section 2(1)(l) of Manitoba's *The Limitation of Actions Act*, C.C.S.M., c L150, treats ‘Canadian judgments’ differently from other judgments. Newfoundland sets a six-year limitation period on an action ‘to enforce a foreign judgment’ and a ten-year period on actions to enforce a judgment of a court in the province: see *Limitations Act*, S.N.L. 1995, c. L-16.1, s. 6(1)(g). And Prince Edward Island's *Statute of Limitations*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-7, s. 2(1)(f) distinguishes between ‘extraprovincial judgments’ and other judgments.”

de la RPC<sup>54</sup> par la Cour populaire suprême a étendu le délai de prescription de deux ans applicable à l'exécution des jugements internes<sup>55</sup> aux demandes de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers. Le délai court à compter du dernier jour de la période d'exécution précisée dans le jugement<sup>56</sup>. Si l'exécution d'un jugement étranger n'est pas demandée en même temps qu'une demande de reconnaissance, le délai de prescription pour une demande ultérieure d'exécution court à compter de la date à laquelle la décision de la Cour populaire suprême prend effet<sup>57</sup>. Ainsi, pour les demandes de reconnaissance et d'exécution d'un jugement étranger, un tribunal chinois refuserait la demande si le délai de prescription de deux ans est expiré<sup>58</sup>.

30 Un accord récemment conclu entre la Chine continentale et la Région administrative spéciale de Hong Kong sur la reconnaissance mutuelle et l'exécution des jugements traite des délais de prescription<sup>59</sup>. L'article 10 de cet Accord dispose que : « Les délais, les procédures et les modalités de présentation d'une demande de reconnaissance et d'exécution d'un jugement sont régis par le droit du lieu requis » [traduction du Bureau Permanent]. Par conséquent, le délai de prescription est régi par le droit de l'État du tribunal requis. Dès lors, lorsqu'un jugement d'un tribunal de Hong Kong doit être exécuté en Chine continentale, le délai de prescription de deux ans prévu dans la LPC chinoise s'applique.

#### 4 Droit japonais

31 En droit japonais, il est difficile de savoir si les délais de prescription sont considérés comme une question de procédure ou de fond. Si les délais de prescription sont considérés comme substantiels, la loi applicable à l'objet du litige servira également de base en matière de délai de prescription pour une demande de reconnaissance et d'exécution.

32 L'article 174-2(1) du Code civil de 1896<sup>60</sup> contient un délai de prescription spécifique qui dispose que :

« Le délai de prescription de tout droit consacré par un jugement sans appel est de dix ans, même si un délai de prescription inférieur à dix ans est prévu. Il en est de même pour tout droit consacré dans le cadre d'une procédure judiciaire, d'une conciliation ou de toute autre action ayant un effet équivalent à celui du jugement sans appel. » [Traduction du Bureau Permanent.]

33 Ce délai sera applicable aux jugements internes qui ont statué sur des droits régis par le droit japonais conformément à la règle de droit international privé japonais. Si un jugement interne a statué sur un droit régi par une loi étrangère, la loi étrangère (loi applicable au droit) régira les

délais de prescription pour l'exécution des jugements internes.

34 En revanche, si les délais de prescription sont considérés comme procéduraux, le délai de prescription applicable aux procédures internes d'exécution en vertu de l'article 174-2(1) du Code civil s'applique.

#### 5 Droit singapourien

35 Les demandes de reconnaissance et d'exécution de jugements étrangers peuvent être faites en vertu des règles de *common law*, de la *Loi sur l'exécution réciproque des jugements étrangers* (ci-après, la « REFJA »)<sup>61</sup>, de la *Loi sur l'exécution réciproque des jugements du Commonwealth* (ci-après, la « RECJA »)<sup>62</sup> ou de la *Loi de 2016 sur les accords d'élection de for* (ci-après, la « Loi de 2016 »)<sup>63</sup>.

36 Selon les règles de *common law*, un jugement étranger est considéré comme une « dette implicite » et est soumis à un délai de prescription de six ans<sup>64</sup>. En vertu de la REFJA et de la RECJA, l'exécution des jugements étrangers ne peut être demandée qu'après enregistrement<sup>65</sup>. À cet égard, une demande d'enregistrement doit être introduite dans un délai de six ans en vertu de la REFJA<sup>66</sup> et de 12 mois en vertu de la RECJA<sup>67</sup>. Le tribunal jouit d'un pouvoir discrétionnaire général pour proroger ces délais<sup>68</sup>. Une fois le jugement enregistré, il sera exécutoire comme si celui-ci avait été rendu par un tribunal singapourien<sup>69</sup>. La REFJA et la RECJA ne s'appliquent pas lorsque le jugement étranger est exécutoire en vertu de la Loi de 2016<sup>70</sup>.

37 En vertu de la Loi de 2016, et une fois ses conditions remplies, la procédure de reconnaissance et d'exécution d'un jugement étranger est la même que pour les jugements internes<sup>71</sup>. En effet, l'article 13(1) de la Loi de 2016 se lit comme suit : « Une demande de reconnaissance et d'exécution d'un jugement étranger peut être présentée à la Haute Cour de la même manière et dans les mêmes conditions qu'un jugement rendu par la Haute Cour » [traduction du Bureau Permanent]. Toutefois, un jugement ne peut être reconnu à Singapour que s'il est effectif dans l'État d'origine et ne peut être exécuté que s'il est exécutoire dans l'État d'origine<sup>72</sup>. La Loi de 2016 est muette sur les délais de prescription. Une demande de reconnaissance et d'exécution d'un jugement étranger peut être présentée à tout moment, pour autant que le jugement produise ses effets et soit exécutoire dans l'État d'origine<sup>73</sup>.

<sup>54</sup> *Interprétation de la Cour populaire suprême sur l'application de la loi de procédure civile de la République populaire de Chine*, publiée le 30 janvier 2015, art. 547 : « Le délai imparti à une partie pour demander la reconnaissance et l'exécution d'un jugement ou d'une décision effective rendu par un tribunal étranger ou d'une sentence arbitrale étrangère est régi par l'article 239 du Code de procédure civile. » [Traduction du Bureau Permanent.]

<sup>55</sup> *Loi chinoise de procédure civile* (révision 2017), art. 239 (ci-après, la « LPC chinoise »).

<sup>56</sup> *Ibid.* Lorsqu'un jugement exige l'exécution par tranches, la période de deux ans court pour chaque tranche à compter du dernier jour de la période d'exécution précisée pour cette tranche. Si une période d'exécution n'est pas précisée dans le jugement, elle court à compter de la date d'effet du jugement.

<sup>57</sup> *Interprétation de la Cour populaire suprême sur l'application de la loi de procédure civile de la République populaire de Chine* (loc. cit. note 54).

<sup>58</sup> Y. Guo, « Country Report - The People's Republic of China », dans A. Chong (dir. pub.), *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Asia*, Singapour, Asia Business Law Institute, 2017.

<sup>59</sup> *Arrangement on Reciprocal Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters by the Courts of the Mainland and of the Hong Kong Special Administrative Region 2019* (ci-après, l'« Accord »), non encore en vigueur.

<sup>60</sup> Code civil, loi No 89 du 27 avril 1896.

<sup>61</sup> *Reciprocal Enforcement of Foreign Judgments Act* (Chap 265, 2001 Rev Ed).

<sup>62</sup> *Reciprocal Enforcement of Commonwealth Judgments Act* (Chap 264, 1985 Rev Ed).

<sup>63</sup> *Choice of Court Agreements Act 2016* (No 14 de 2016).

<sup>64</sup> *Limitation Act* (Chap 163, 1996 Rev Ed), art. 6(1)(a). Voir *Poh Soon Kiat c. Desert Palace Inc* (commerce sous le nom de Caesars Palace) [2009] SGCA 60, para. 49 et 54.

<sup>65</sup> L'art. 7(1) de la REFJA dispose ce qui suit : « Aucune procédure de recouvrement d'une somme due en vertu d'un jugement étranger qui est un jugement auquel la présente partie s'applique, autre qu'une procédure d'enregistrement du jugement, ne peut être engagée par un tribunal de Singapour » [traduction du Bureau Permanent].

<sup>66</sup> *Ibid.*, art. 4(1)(a).

<sup>67</sup> RECJA, art. 3(1).

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> A. Chong, « Country Report - Singapore », dans A. Chong (dir. pub.) (op. cit. note 58), p. 176 ; *Poh Soon Kiat c. Desert Palace Inc*. (op. cit. note 64), para. 41 et 44.

<sup>70</sup> REFJA, art. 2A ; RECJA, art. 2A.

<sup>71</sup> A. Chong (loc. cit. note 69).

<sup>72</sup> *Ibid.* Voir également la Loi de 2016, art. 13(2)(a) et (b).

<sup>73</sup> X. Tan et M. Mak, « Singapore: Enforcement of Foreign Judgments 2019 », *Enforcement of Foreign Judgments Laws and Regulations*, Londres, Global Legal Group, 2019, para. 2.13.

Law<sup>54</sup> by the Supreme People's Court extended the two-year limitation period applicable for the execution of domestic judgments,<sup>55</sup> to applications for the recognition and enforcement of foreign judgments. The period runs from the last day of the period of performance specified in the judgment.<sup>56</sup> If enforcement of a foreign judgment is not applied for at the same time as an application for recognition, the limitation period for a subsequent application for enforcement will run from the date on which the ruling of the Supreme People's Court comes into effect.<sup>57</sup> As such, for applications for recognition and enforcement of a foreign judgment, a Chinese court would refuse the application if the limitation period of two years has expired.<sup>58</sup>

30 A recently concluded Arrangement between Mainland China and the Special Administrative Region of Hong Kong on mutual recognition and enforcement of judgments addresses limitation periods.<sup>59</sup> Article 10 of the Arrangement provides that: "The time limits, procedures and manner for making an application for recognition and enforcement of a judgment shall be governed by the law of the requested place." Thus, the limitation period shall be governed by the law of the jurisdiction of the court addressed. Accordingly, where a judgment of a Hong Kong court is sought to be enforced in Mainland China, the two-year limitation period stated in the Chinese CPL will apply.

#### 4 Japanese law

31 Under Japanese law, it is not clear whether limitation periods are considered as a procedural or substantive matter. If limitation periods are considered to be substantive, the law applicable to the right in dispute will also supply the limitation period for an application for recognition and enforcement.

32 Article 174-2(1) of the *Civil Code 1896*<sup>60</sup> contains a specific limitation period which provides that:

"The period of prescription of any right established in an unappealable judgment shall be ten years even if any period of prescription shorter than ten years is provided. The same shall apply to any right which is established in a settlement in a court proceeding or conciliation, or any other action which has the effect equivalent to that of the unappealable judgment."

33 This period will be applicable to domestic judgments that ruled on rights which are governed by Japanese law according to the Japanese private international law rule. If a domestic judgment ruled on a right which is governed by a foreign law, the foreign law (applicable law to the right)

will govern the limitation periods for the enforcement of the domestic judgments.

34 On the other hand, if limitation periods are considered to be procedural, then the limitation period applicable to domestic enforcement proceedings under Article 174-2(1) of the Civil Code applies.

#### 5 Singapore law

35 Applications to recognise and enforce foreign judgments may be made under common law rules, the *Reciprocal Enforcement of Foreign Judgments Act* (hereinafter, the "REFJA"),<sup>61</sup> the *Reciprocal Enforcement of Commonwealth Judgments Act* (hereinafter, the "RECJA"),<sup>62</sup> or the *Choice of Court Agreements Act 2016* (hereinafter, the "2016 Act").<sup>63</sup>

36 Under common law rules, a foreign judgment is regarded as "an implied debt" and is subject to a six-year limitation period.<sup>64</sup> Under the REFJA and the RECJA, enforcement of foreign judgments may only be sought after registration.<sup>65</sup> In that respect, an application for registration has to be commenced within six years under the REFJA<sup>66</sup> and within 12 months under the RECJA.<sup>67</sup> The court enjoys a general discretion to extend these periods.<sup>68</sup> Once the judgment is registered, it will be enforceable as if it had been issued by a Singaporean court.<sup>69</sup> The REFJA and the RECJA do not apply where the foreign judgment is enforceable under the 2016 Act.<sup>70</sup>

37 Under the 2016 Act, and once its requirements are satisfied, the procedure for recognition and enforcement of a foreign judgment is the same as for domestic judgments.<sup>71</sup> Indeed, Section 13(1) of the 2016 Act reads as follows: "An application may be made to the High Court for a foreign judgment to be recognised, or to be recognised and enforced, in the same manner and to the same extent as a judgment issued by the High Court." However, a judgment may only be recognised in Singapore if it is effective in the State of origin, and may only be enforced if it is enforceable in the State of origin.<sup>72</sup> The 2016 Act is silent as to limitation periods. It is understood that an application for the recognition and enforcement of a foreign judgment may be made at any time, as long as the judgment has effect and is enforceable in the State of origin.<sup>73</sup>

<sup>54</sup> *Interpretation of the Supreme People's Court on the Application of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China*, issued on 30 January 2015, Art. 547: "The time limit set forth for a party to apply for recognition and enforcement of an effective judgment/ruling rendered by a foreign court or a foreign arbitration award shall be governed by Article 239 of the Civil Procedure Law."

<sup>55</sup> *Chinese Civil Procedure Law (2017 Revision)*, Art. 239 (hereinafter, "Chinese CPL").

<sup>56</sup> *Ibid.* Where a judgment requires performance in instalments, the two-year period runs for each instalment from the last day of the specified performance period for that instalment. If a period of performance is not specified in the judgment, it runs from the effective date of the judgment.

<sup>57</sup> *Interpretation of the Supreme People's Court on the Application of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China* (*loc. cit.* note 54).

<sup>58</sup> Y. Guo, "Country Report – The People's Republic of China", in A. Chong (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Asia*, Singapore, Asia Business Law Institute, 2017.

<sup>59</sup> *Arrangement on Reciprocal Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters by the Courts of the Mainland and of the Hong Kong Special Administrative Region 2019* (hereinafter, "Arrangement"), not yet in force.

<sup>60</sup> Civil Code, Act No 89 of 27 April 1896.

<sup>61</sup> *Reciprocal Enforcement of Foreign Judgments Act* (Chap 265, 2001 Rev Ed).

<sup>62</sup> *Reciprocal Enforcement of Commonwealth Judgments Act* (Chap 264, 1985 Rev Ed).

<sup>63</sup> *Choice of Court Agreements Act 2016* (No 14 of 2016).

<sup>64</sup> *Limitation Act* (Chap 163, 1996 Rev Ed), s 6(1)(a). See *Poh Soon Kiat v. Desert Palace Inc (trading as Caesars Palace)* [2009] SGCA 60, paras 49 and 54.

<sup>65</sup> REFJA, s 7(1) provides: "No proceedings for the recovery of a sum payable under a foreign judgment, being a judgment to which this Part applies, other than proceedings by way of registration of the judgment, shall be entertained by any court in Singapore."

<sup>66</sup> *Ibid.*, s 4(1)(a).

<sup>67</sup> RECJA, s 3(1).

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> A. Chong, "Country Report – Singapore", in A. Chong (ed.) (*op. cit.* note 58), p. 176; *Poh Soon Kiat v. Desert Palace Inc*. (*op. cit.* note 64), paras 41 and 44.

<sup>70</sup> REFJA, s 2A; RECJA, s 2A.

<sup>71</sup> A. Chong (*loc. cit.* note 69).

<sup>72</sup> *Ibid.* See also the 2016 Act, s 13(2)(a)-(b).

<sup>73</sup> X. Tan and M. Mak, "Singapore: Enforcement of Foreign Judgments 2019", *Enforcement of Foreign Judgments Laws and Regulations*, London, Global Legal Group, 2019, para. 2.13.

38 Le délai de prescription d'une demande d'exécution d'un jugement est une question de droit matériel en droit suisse<sup>74</sup>.

39 Pour les procédures d'exécution, l'article 137(2) de la *Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations)* (ci-après, le « Code des obligations ») prévoit qu'une demande « constatée par un jugement » est soumise au « nouveau délai de prescription » qui « est toujours de dix ans »<sup>75</sup>. Toutefois, étant donné que les délais de prescription sont considérés comme substantiels, le Code des obligations ne contient pas de dispositions spécifiques relatives aux jugements étrangers. Il est difficile de savoir si l'article 137(2) s'applique lorsque le droit suisse n'est pas applicable à la demande sous-jacente selon les règles de conflit de lois suisses. Il n'est pas clair non plus si le délai de prescription s'applique lorsqu'il existe un jugement étranger sur une demande à laquelle s'applique le droit suisse.

40 Les procédures d'exécution sont régies par différentes lois. Pour les créances pécuniaires, la procédure prévue par la *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite* (ci-après, la « Loi sur l'exécution forcée ») est applicable<sup>76</sup>. Pour l'exécution d'autres obligations, telles que l'exécution forcée ou l'injonction, le Code de procédure civile s'applique. D'autres conditions préalables à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers, ainsi que les motifs de refus, sont énoncés aux articles 25 à 29 de la *Loi fédérale sur le droit international privé* (ci-après, la « Loi sur le DIP »)<sup>77</sup>. Ni la Loi sur l'exécution forcée, ni la Loi sur le DIP, ni le Code de procédure civile ne prévoient de délai de prescription pour les demandes d'exécution d'un jugement.

## 7 *Droit de la Fédération de Russie*

41 Au sein de la Fédération de Russie, conformément à l'article 409(3) du chapitre 45 du Code de procédure civile<sup>78</sup>, le délai de prescription par défaut pour la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers est de trois ans. Les tribunaux peuvent autoriser les demandes de reconnaissance et d'exécution de jugements étrangers après l'expiration du délai de prescription de trois ans, à condition qu'un motif valable justifiant le retard dans le dépôt de la demande soit prouvé conformément à l'article 112 du CPC. L'expiration du délai de prescription constitue l'un des motifs de refus de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers<sup>79</sup>. Il convient de noter que le délai de prescription est le même pour l'exécution des jugements internes.

## 8 *Résumé*

42 Comme indiqué ci-dessus, les délais de prescription pour l'exécution des jugements étrangers sont traités de manières différentes selon les droits nationaux. Premièrement, la durée des délais de prescription pour l'exécution varie de deux ans (par ex. le droit chinois et le droit ontari-

rien) à 15 ans (par ex. les droits de certains états australiens). Deuxièmement, le délai à partir duquel la prescription doit être calculée peut différer : du dernier jour du délai d'exécution précisé dans le jugement (en vertu du droit chinois) au moment où tous les recours, ou le droit d'appel, ont été épuisés (en vertu du droit ontarien). Troisièmement, en vertu des droits de certains États, des délais de prescription différents sont imposés pour l'exécution des jugements étrangers, d'une part, et des jugements internes, d'autre part. Cette divergence fait écho à certaines questions que le projet de Convention devra peut-être encore aborder, comme indiqué à la section I.

## IV LES DÉLAIS DE PRESCRIPTION EN VERTU D'INSTRUMENTS INTERNATIONAUX OU RÉGIONAUX

43 La présente section examine si et, dans l'affirmative, comment les délais de prescription pour la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers sont traités dans les instruments internationaux et régionaux, et si les principes de « bonne foi », d'« égalité de traitement » ou de « non-discrimination » jouent un rôle en la matière. Les Conventions de la HCCH suivantes sont passées en revue dans la sous-section A : la Convention Recouvrement des aliments de 2007, la Convention Élection de for de 2005<sup>80</sup>, la Convention Protection des adultes de 2000<sup>81</sup>, la Convention Protection des enfants de 1996<sup>82</sup> et la Convention Obligations alimentaires de 1958<sup>83</sup>. La sous-section B examine d'autres instruments internationaux ou régionaux : le Règlement Bruxelles I *bis*<sup>84</sup>, la Convention de Lugano<sup>85</sup>, la Convention de Minsk<sup>86</sup>, le Protocole de Las Leñas<sup>87</sup>, l'Accord de Riyad<sup>88</sup>, la Convention de Kiev<sup>89</sup>, et la Loi type du *Commonwealth*<sup>90</sup>.

<sup>74</sup> P. Engel, *Traité des obligations en droit suisse : dispositions générales du CO*, 2<sup>e</sup> éd., Berne, Staempfli, 1997, p. 799 ; Code civil suisse (RS 210), art. 341(3).

<sup>75</sup> *Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations)* (RS 220).

<sup>76</sup> *Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite* (LP).

<sup>77</sup> *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé* (LDIP).

<sup>78</sup> Code de procédure civile de la Fédération de Russie No 138-FZ du 14 novembre 2002 (ci-après, le « CPC russe »).

<sup>79</sup> CPC russe, art. 412(6) du chapitre 45.

<sup>80</sup> *Convention de la HCCH du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for.*

<sup>81</sup> *Convention de la HCCH du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes.*

<sup>82</sup> *Convention de la HCCH du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.*

<sup>83</sup> *Convention de la HCCH du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants.*

<sup>84</sup> Règlement (UE) No 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte).

<sup>85</sup> *Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.*

<sup>86</sup> Convention du 22 janvier 1993 relative à l'entraide judiciaire et aux relations judiciaires en matière civile, familiale et pénale (avec les modifications en date du 28 mars 1997).

<sup>87</sup> *Protocole du 27 mai 1992 de coopération et d'entraide juridictionnelle en matière civile, commerciale, de travail et administrative.*

<sup>88</sup> *Accord arabe de Riyad de 1983 relatif à la coopération judiciaire.*

<sup>89</sup> Convention du 20 mars 1992 relative aux modalités de règlement des litiges liés à l'exercice d'une activité économique. La Convention de Kiev est entrée en vigueur le 19 décembre 1992 et est en vigueur en Arménie, Azerbaïdjan, Bélarus, Kazakhstan, Kirghizistan, Ouzbékistan, Fédération de Russie, Tadjikistan, Turkménistan et Ukraine.

<sup>90</sup> Loi type du Secrétariat du *Commonwealth* sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers.

## 6 Swiss law

38 The limitation period for an application to enforce a judgment is a matter of substantive law under Swiss law.<sup>74</sup>

39 For enforcement proceedings, Article 137(2) of the *Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code (Part Five: The Code of Obligations)* (hereinafter, “Code of Obligations”) provides that a claim “confirmed by court judgment” is subject to “the new prescriptive period” which “is always ten years”.<sup>75</sup> However, given that limitation periods are treated as substantive, the Code of Obligations does not contain specific provisions for foreign judgments. It is unclear whether Article 137(2) applies where Swiss law is not applicable to the underlying claim according to Swiss choice of law rules. It is also unclear whether the limitation period applies where there is a foreign judgment on a claim to which Swiss law applies.

40 Enforcement procedures are regulated under different statutes. For money claims, the procedure contained in the *Federal Act on Debt Enforcement and Insolvency* (hereinafter, “Debt Enforcement Act”) applies.<sup>76</sup> For the enforcement of other obligations, such as specific performance or injunctive relief, the Code of Civil Procedure applies. Other prerequisites for recognition and enforcement of foreign judgments, and grounds for refusal, are contained in Articles 25 to 29 of the *Federal Act on Private International Law* (hereinafter, “PIL Act”).<sup>77</sup> Neither the Debt Enforcement Act, nor the PIL Act, nor the Code of Civil Procedure contain limitation periods for applications to enforce a judgment.

## 7 Russian Federation law

41 In the Russian Federation, pursuant to Article 409(3) of Chapter 45 of the Code of Civil Procedure,<sup>78</sup> the default limitation period for recognition and enforcement of foreign judgments is three years. The courts may allow requests for recognition and enforcement of foreign judgments after the expiration of the three-year limitation period, provided a valid reason for the delay in filing the request is proven, in accordance with Article 112 of the Russian CCP. Expiration of the limitation period constitutes one of the grounds for refusing recognition and enforcement of foreign judgments.<sup>79</sup> It is of note that the limitation period is the same for enforcement of domestic judgments.

## 8 Summary

42 As outlined above, the treatment of limitation periods for the enforcement of foreign judgments provided by national laws is diverse. First, the length of limitation periods for enforcement varies from two years (e.g., Chinese law

<sup>74</sup> P. Engel, *Traité des obligations en droit suisse : dispositions générales du CO*, 2nd ed., Bern, Staempfli, 1997, p. 799; Swiss Code of Civil Procedure (SR 210) (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Code civil suisse*), Art. 341(3).

<sup>75</sup> *Federal Act of 30 March 1911 on the Amendment of the Swiss Civil Code (Part Five: The Code of Obligations)* (SR 220) (*Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)*); *Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations)*.

<sup>76</sup> *Federal Act of 11 April 1889 on Debt Enforcement and Bankruptcy* (SR 281.1) (*Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)*; *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)*).

<sup>77</sup> *Federal Act of 18 December 1987 on Private International Law* (SR 291) (*Schweizerisches Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)*; *Loi fédérale suisse sur le droit international privé (LDIP)*).

<sup>78</sup> Code of Civil Procedure of the Russian Federation No 138-FZ of 14 November 2002 (hereinafter, “Russian CCP”).

<sup>79</sup> Russian CCP, Art. 412(6) of Chap. 45.

and Ontario law) to up to 15 years (e.g., some Australian states). Secondly, the time from which limitation periods are to be calculated can differ: from the last day of the period of performance specified in the judgment (under Chinese law), to the time from which all remedies, or the right to appeal, have been exhausted (under Ontario law). Thirdly, under laws of certain States, different limitation periods are imposed on the enforcement of foreign judgments on the one hand, and on domestic judgments on the other. This divergence echoes certain issues that the draft Convention may still need to address, as laid down in Section I.

## IV LIMITATION PERIODS UNDER INTERNATIONAL OR REGIONAL INSTRUMENTS

43 This Section reviews whether, and, if so, how limitation periods for the recognition and enforcement of foreign judgments are dealt with in international and regional instruments, and whether the principles of “good faith”, “equal treatment” or “non-discrimination” play a role in this matter. The following HCCH Conventions are examined in subsection A: the 2007 Child Support Convention, the 2005 Choice of Court Convention,<sup>80</sup> the 2000 Protection of Adults Convention,<sup>81</sup> the 1996 Child Protection Convention<sup>82</sup> and the 1958 Maintenance Obligations Convention.<sup>83</sup> Subsection B examines other international or regional instruments: the Brussels I Recast Regulation,<sup>84</sup> the Lugano Convention,<sup>85</sup> the Minsk Convention,<sup>86</sup> the Las Leñas Protocol,<sup>87</sup> the Riyadh Agreement,<sup>88</sup> the Kiev Convention,<sup>89</sup> and the Commonwealth Model Law.<sup>90</sup>

<sup>80</sup> *HCCH Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*.

<sup>81</sup> *HCCH Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults*.

<sup>82</sup> *HCCH Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*.

<sup>83</sup> *HCCH Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children*.

<sup>84</sup> Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast).

<sup>85</sup> *Convention of 30 October 2007 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*.

<sup>86</sup> *Convention of 22 January 1993 on legal assistance and legal relations in civil, family, and criminal matters (as amended on 28 March 1997)*.

<sup>87</sup> *Protocol of 27 May 1992 on judicial cooperation and assistance in civil, commercial, labour and administrative matters*.

<sup>88</sup> *Riyadh Arab Agreement for Judicial Cooperation of 1983*.

<sup>89</sup> *Convention of 20 March 1992 concerning the modalities of the settlement of disputes related to the exercise of commercial activity*. The Kiev Convention entered into force on 19 December 1992, and is in force in Armenia, Azerbaijan, Belarus, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Russian Federation, Tajikistan, Turkmenistan, Ukraine, and Uzbekistan.

<sup>90</sup> *Commonwealth Secretariat, Model Law on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments*.

## A Conventions de la HCCH<sup>91</sup>

### 1 Convention Recouvrement des aliments de 2007

44 En vertu de la Convention Recouvrement des aliments de 2007, la loi de l'État requis s'applique à l'exécution des décisions en matière de recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille<sup>92</sup>. Il en va différemment pour l'exécution des arrêts où le délai de prescription de l'État requis ou de l'État d'origine s'applique, le délai le plus long étant retenu<sup>93</sup>.

### 2 Convention Élection de for de 2005

45 Ni la Convention Élection de for de 2005<sup>94</sup> ni le Rapport explicatif<sup>95</sup> ne traitent des délais de prescription. Si les délais de prescription sont considérés comme une question de procédure, l'article 14 de la Convention Élection de for de 2005 prévoit que les questions de procédure sont soumises à la loi de l'État requis.

### 3 Conventions Protection des adultes de 2000 et Protection des enfants de 1996

46 Bien que ces deux Conventions ne fassent pas de références expresses aux délais de prescription, la loi de l'État requis régit la reconnaissance, l'exequatur et l'enregistrement aux fins d'exécution<sup>96</sup>.

47 Par ailleurs, ces Conventions contiennent également le principe d'égalité de traitement suivant :

« Les mesures prises dans un État contractant, qui sont déclarées exécutoires ou enregistrées aux fins d'exécution dans un autre État contractant, y sont mises à exécution comme si elles avaient été prises par les autorités de cet autre État. La mise à exécution des mesures se fait conformément à la loi de l'État requis dans les limites qui y sont prévues [...]. »<sup>97</sup>

### 4 Convention Obligations alimentaires de 1958

48 La Convention Obligations alimentaires de 1958 ne traite pas directement des délais de prescription. Toutefois, elle prévoit que la « loi de l'État dont relève l'autorité d'exécution » est applicable à la procédure tendant à obtenir l'exequatur<sup>98</sup>.

<sup>91</sup> Aux fins de la présente Note, les 39 Conventions, Protocoles et Principes de la HCCH (disponibles sur le site web de la HCCH à l'adresse <www.hcch.net>) ont été passés en revue. En dehors des Conventions mentionnées au para. 43, il n'existe pas d'autres Conventions de la HCCH faisant référence aux principes de « bonne foi » ou de « non-discrimination » en ce qui concerne les délais de prescription. Toutefois, les dispositions suivantes soumettant la procédure de reconnaissance et d'exécution à la loi de l'État requis devraient être notées pour information : art. 13 de la *Convention de la HCCH du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires* ; art. 14 de la *Convention de la HCCH du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale* ; art. 8 de la *Convention de la HCCH du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for* ; art. 7 de la *Convention de la HCCH du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs* ; et art. 6 de la Convention Obligations alimentaires de 1958.

<sup>92</sup> Convention Recouvrement des aliments de 2007, art. 32(1).

<sup>93</sup> *Ibid.*, art. 32(5).

<sup>94</sup> Note explicative (*loc. cit.* note 18).

<sup>95</sup> Rapport explicatif sur la Convention Élection de for de 2005, rédigé par Trevor Hartley et Masato Dogauchi, in *Actes et documents de la Vingtième session (2005)*, tome III, *Élection de for*, Anvers – Oxford – Portland, Intersentia, 2010, p. 784 à 862 (également disponible sur le site web de la HCCH, à l'adresse <www.hcch.net>, sous l'Espace spécialisé « Élection de for »), para. 215 et 216.

<sup>96</sup> Convention Protection des adultes de 2000, art. 23 et 25(1) ; Convention Protection des enfants de 1996, art. 24 et 26(1).

<sup>97</sup> Convention Protection des adultes de 2000, art. 27 ; Convention Protection des enfants de 1996, art. 28.

<sup>98</sup> Convention Obligations alimentaires de 1958, art. 6.

## B Autres instruments internationaux ou régionaux

### 1 Règlement Bruxelles I bis

49 En vertu du Règlement Bruxelles I bis, une décision exécutoire dans l'État d'origine peut être directement exécutée dans un autre État membre<sup>99</sup>. Le droit de l'État requis détermine, entre autres, le délai de prescription applicable<sup>100</sup>. L'article 41(1) précise que « la procédure d'exécution des décisions rendues dans un autre État membre est régie par le droit de l'État membre requis ». Cette disposition prévoit en outre que la décision étrangère est exécutée « dans les mêmes conditions qu'une décision rendue dans l'État membre requis ».

50 Dans un arrêt récent<sup>101</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, la « CJUE ») a jugé que le Règlement Bruxelles I<sup>102</sup> n'empêche pas un État membre de l'UE de fixer un délai législatif pour l'exécution d'une saisie conservatoire d'un autre État membre de l'UE lorsque cette décision a été déclarée exécutoire dans cet autre État membre.

51 La CJUE a constaté que le Règlement Bruxelles I ne traite pas des procédures d'exécution au sens strict et que l'exécution est régie par le droit procédural de l'État membre où l'exécution est demandée<sup>103</sup>. Les États membres de l'UE restent libres d'imposer des délais pour l'exécution des jugements étrangers qu'ils ont reconnus et déclarés exécutoires dans leur juridiction<sup>104</sup>. Comme la CJUE l'a constaté :

« une fois cette décision intégrée dans l'ordre juridique de l'État membre requis, les règles nationales de ce dernier État relatives à l'exécution s'appliquent de la même manière qu'aux décisions prises par les juridictions nationales [...]. Les dispositions procédurales de l'État membre requis sont les seules applicables. »<sup>105</sup>

52 Quand bien même le jugement portant sur l'exécution d'une ordonnance provisoire étrangère ne circulerait pas en vertu de l'article 3(1)(b) du projet de Convention<sup>106</sup>, l'issue et le fonctionnement de la CJUE peuvent rester pertinents pour le fonctionnement du projet de Convention et, en particulier, pour qu'un délai de prescription interne soit imposé à un jugement étranger sur le fond une fois la décision déclarée exécutoire par le tribunal requis.

53 En vertu du Règlement Bruxelles I bis, les principes de « non-discrimination » et d'« égalité de traitement » interdisent toute discrimination entre l'exécution des jugements étrangers et nationaux<sup>107</sup>. Le droit des États membres

<sup>99</sup> Règlement Bruxelles I bis, art. 39 à 44 ; A. Dickinson et E. Lein (dir. pub.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015, para. 13.160.

<sup>100</sup> *Ibid.*, para. 13.216.

<sup>101</sup> Arrêt du 4 octobre 2018, *Società Immobiliare Al Bosco Srl*, C-379/17, EU:C:2018:806.

<sup>102</sup> Règlement (CE) No 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

<sup>103</sup> *Ibid.*, para. 33 et 36.

<sup>104</sup> *Ibid.*, para. 34. Toutefois, la CJUE semble se réserver l'application des « règles de procédure de l'État membre requis dans le cadre de l'exécution » si elles « [portent] atteinte à l'effet utile du système prévu par ce règlement en matière d'exequatur en faisant échec aux principes posés en la matière, que ce soit de façon expresse ou implicite, par ledit règlement lui-même » (para. 26).

<sup>105</sup> *Ibid.*, para. 35 et 36.

<sup>106</sup> Qui prévoit que « les mesures provisoires et conservatoires ne sont pas des jugements ».

<sup>107</sup> A. Dickinson et E. Lein (dir. pub.) (*op. cit.* note 99), para. 13.207 ; Règlement Bruxelles I bis, consid. 30 : « Une partie s'opposant à l'exécution d'une décision rendue dans un autre État membre devrait, dans la mesure du possible et conformément au système juridique de l'État membre requis, pouvoir invoquer, dans la même procédure, outre les motifs de refus prévus par le présent règlement, ceux prévus par le droit national, dans les délais fixés par celui-ci. [...] »

## A HCCH Conventions<sup>91</sup>

### 1 2007 Child Support Convention

44 Under the 2007 Child Support Convention, the law of the requested State applies to the enforcement of decisions concerning international recovery of child support and other forms of family maintenance.<sup>92</sup> This is different from the enforcement of arrears where the limitation period of the requested State or the State of origin shall apply, whichever is longer.<sup>93</sup>

### 2 2005 Choice of Court Convention

45 Neither the 2005 Choice of Court Convention<sup>94</sup> nor the Explanatory Report<sup>95</sup> deals with limitation periods. If limitation periods are considered to be a matter of procedure, Article 14 of the 2005 Choice of Court Convention provides that procedural matters are subject to the law of the requested State.

### 3 2000 Protection of Adults Convention and 1996 Child Protection Convention

46 Although these two Conventions make no express mention of limitation periods, the law of the requested State governs the recognition, declaration of enforceability, and registration for enforcement.<sup>96</sup>

47 In addition, they contain the following principle on equal treatment:

“Measures taken in one Contracting State and declared enforceable, or registered for the purpose of enforcement, in another Contracting State shall be enforced in the latter State as if they had been taken by the authorities of that State. Enforcement takes place in accordance with the law of the requested State to the extent provided by such law [...]”<sup>97</sup>

### 4 1958 Maintenance Obligations Convention

48 The 1958 Maintenance Obligations Convention does not deal with limitation periods directly. However, it prescribes that the “law of the State of the enforcement authority” is applicable to the procedure for a declaration of enforceability.<sup>98</sup>

<sup>91</sup> For the purposes of this Note, the 39 HCCH Conventions, Protocols and Principles (available on the HCCH website at <www.hcch.net>) have been reviewed. Apart from the Conventions mentioned under para. 43, there are no other HCCH Conventions referring to the principles of “good faith” or “non-discrimination” in connection with the issue of limitation periods. However, the following articles subjecting the recognition and enforcement procedure to the law of the requested State should be noted for information: Art. 13 of the *HCCH Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations*; Art. 14 of the *HCCH Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*; Art. 8 of the *HCCH Convention of 25 November 1965 on the Choice of Court*; Art. 7 of the *HCCH Convention of 5 October 1961 concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of infants*; and Art. 6 of the 1958 Maintenance Obligations Convention.

<sup>92</sup> 2007 Child Support Convention, Art. 32(1).

<sup>93</sup> *Ibid.*, Art. 32(5).

<sup>94</sup> Explanatory Note (*loc. cit.* note 18).

<sup>95</sup> Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Convention, drawn up by Trevor Hartley and Masato Dogauchi, in *Proceedings of the Twentieth Session (2005)*, Tome III, *Choice of Court*, Antwerp – Oxford – Portland, Intersentia, 2010, pp. 785-863 (also available on the HCCH website at <www.hcch.net> under the “Choice of Court” Specialised Section), paras 215 and 216.

<sup>96</sup> 2000 Protection of Adults Convention, Arts 23 and 25(1); 1996 Child Protection Convention, Arts 24 and 26(1).

<sup>97</sup> 2000 Protection of Adults Convention, Art. 27; 1996 Child Protection Convention, Art. 28.

<sup>98</sup> 1958 Maintenance Obligations Convention, Art. 6 [*translation by the Permanent Bureau*].

## B Other international or regional instruments

### 1 Brussels I Recast Regulation

49 Under the Brussels I Recast Regulation, a decision that is enforceable in the State of origin may be directly enforced in another Member State.<sup>99</sup> The law of the requested State shall determine, *inter alia*, the applicable limitation period.<sup>100</sup> Article 41(1) specifies that “the procedure for the enforcement of judgments given in another Member State shall be governed by the law of the Member State addressed”. The provision further states that the foreign judgment shall be enforced “under the same conditions as a judgment given in the Member State addressed”.

50 In a recent judgment,<sup>101</sup> the Court of Justice of the European Union (hereinafter, the “CJEU”) ruled that the Brussels I Regulation<sup>102</sup> does not preclude an EU Member State from placing a legislative time limit upon the enforcement of a preventive attachment order of another EU Member State where that order has been declared enforceable in that other EU Member State.

51 The CJEU found that the Brussels I Regulation does not deal with enforcement procedures in the strict sense, and that enforcement is governed by the procedural law of the Member State in which enforcement is sought.<sup>103</sup> EU Member States remain free to impose time limits upon the enforcement of foreign judgments which they have recognised and declared to be enforceable within their jurisdiction.<sup>104</sup> As the CJEU found:

“once that judgment is incorporated into the legal order of the Member State in which enforcement is sought, national legislation of that Member State relating to enforcement applies in the same way as to judgments delivered by national courts [...] The procedural rules of the Member State in which enforcement is sought alone are applicable.”<sup>105</sup>

52 Although the judgment related to the enforcement of a foreign provisional order, which would not circulate under the draft Convention by virtue of Article 3(1)(b),<sup>106</sup> the outcome and the reasoning of the CJEU may remain relevant to the operation of the draft Convention and, in particular, to the imposition of a domestic limitation period upon a foreign judgment on the merits once the decision has been declared enforceable in the court addressed.

53 Under the Brussels I Recast Regulation, the principles of “non-discrimination” and “equal treatment” prohibit any discrimination between the enforcement of foreign and domestic judgments.<sup>107</sup> The law of the Member States can-

<sup>99</sup> Brussels I Recast Regulation, Arts 39-44; A. Dickinson and E. Lein (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015, para. 13.160.

<sup>100</sup> *Ibid.*, para. 13.216.

<sup>101</sup> Judgment of 4 October 2018, *Società Immobiliare Al Bosco Srl*, C-379/17, EU:C:2018:806.

<sup>102</sup> Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

<sup>103</sup> *Ibid.*, paras 33 and 36.

<sup>104</sup> *Ibid.*, para. 34. However, the CJEU seemed to reserve the application of “the procedural rules of the Member State in which enforcement is sought” if it “impair[s] the effectiveness of the scheme laid down by the regulation as regards enforcement orders, by frustrating the principles laid down in that regard, whether expressly or by implication, by the regulation itself” (para. 26).

<sup>105</sup> *Ibid.*, paras 35 and 36.

<sup>106</sup> Which provides that “[a]n interim measure of protection is not a judgment”.

<sup>107</sup> A. Dickinson and E. Lein (eds.) (*op. cit.* note 99), para. 13.207; Brussels I Recast Regulation, recital 30: “A party challenging the enforcement of a judgment given in another Member State should, to the extent possible and in accordance with the legal system of the Member State addressed, be able to invoke, in the same procedure, in addition to the grounds for refusal provided for in this Regulation, the grounds for refusal available under national law and within the time-limits laid down in that law. [...]”

ne peut imposer des exigences supplémentaires à l'exécution des jugements étrangers ou la rendre plus difficile, sauf disposition expresse du Règlement<sup>108</sup>.

54 Ces deux principes ont déjà été affirmés par la CJUE dans le cadre du Règlement Bruxelles I<sup>109</sup> et de la Convention de Bruxelles<sup>110</sup>.

## 2 Convention de Lugano

55 Les décisions étrangères sont reconnues de plein droit dans tout autre État lié à la Convention de Lugano<sup>111</sup>. L'article 33(1) dispose que « les décisions rendues dans un État lié par la présente convention sont reconnues dans les autres États liés par la présente convention, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure ».

56 Pour ce qui est de l'exécution des décisions, la Convention de Lugano, contrairement au Règlement Bruxelles I *bis*, exige qu'une partie obtienne l'exequatur auprès de l'État requis avant l'exécution devant le tribunal requis. C'est le droit de l'État requis qui fixe « les moyens d'exécution et les conditions de saisie » dans la mesure où la Convention ne règle pas ces questions<sup>112</sup>.

57 La Convention de Lugano ne prescrit pas explicitement un délai de prescription et ne fait pas non plus référence au principe de « non-discrimination » dans l'exécution des jugements étrangers.

## 3 Convention de Minsk

58 La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers sont régies par la section III de la Convention de Minsk. Les motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution d'un jugement étranger comprennent l'expiration du délai de prescription conformément au droit de l'État requis<sup>113</sup>.

59 La Convention de Minsk exige l'égalité de traitement des nationaux des États contractants en ce qui concerne l'accès à la justice et l'exécution des actes de procédure<sup>114</sup>.

## 4 Protocole de Las Leñas

60 Le Protocole de Las Leñas désigne le droit procédural de l'État requis pour régir la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers<sup>115</sup>.

61 Le chapitre III du Protocole, intitulé « Égalité de traitement », exige l'égalité de traitement dans le contexte de l'accès à la justice. Les tribunaux d'un État membre doivent considérer et traiter les nationaux et résidents perma-

nents des autres États membres comme leurs propres nationaux<sup>116</sup>.

## 5 Accord de Riyad

62 En vertu de l'Accord de Riyad, la procédure de reconnaissance et d'exécution est régie par le droit de l'État requis<sup>117</sup>. L'Accord de Riyad contient également un principe général de non-discrimination des nationaux ou des personnes morales entre les États contractants<sup>118</sup>.

## 6 Convention de Kiev

63 La Convention de Kiev mentionne l'expiration d'un délai de prescription de trois ans comme motif de refus à l'article 9(c). L'exécution ne peut être refusée qu'à la demande de la partie à l'égard de laquelle l'exécution est demandée, et seulement si cette partie fournit à la juridiction compétente de l'État requis la preuve que le délai de prescription de trois ans est expiré. Cette approche est différente des autres instruments internationaux ou régionaux car elle prescrit un délai de prescription spécifique dans le texte.

64 La Convention de Kiev prévoit également que les acteurs commerciaux de chaque État contractant ont le droit de « plaider, de présenter des requêtes, de déposer des demandes et d'accomplir d'autres actes de procédure sur le territoire » [*traduction du Bureau Permanent*] des autres États contractants et ont droit à une protection juridique et judiciaire égale de leurs droits et intérêts légitimes<sup>119</sup>.

## 7 Loi type du Commonwealth

65 La Loi type du *Commonwealth* prévoit qu'une demande d'exécution de jugements étrangers monétaires et non monétaires soit soumise au délai de prescription prévu par le droit de l'État d'origine, ou, si ce délai est plus court, 10 ans après le jour où le jugement devient exécutoire dans l'État d'origine<sup>120</sup>.

66 La Loi type du *Commonwealth* est conçue pour aider les pays du *Commonwealth* à moderniser leur approche de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers. Elle ne propose pas de règles relatives aux principes de « non-discrimination » et de « bonne foi ».

## 8 Résumé

67 La plupart des instruments ci-dessus ne traitent pas explicitement des délais de prescription. Ils désignent le droit de l'État requis pour régir les questions de procédure relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers. Toutefois, ils ne précisent pas si les délais de prescription sont des questions de procédure ou non.

68 Les instruments qui eux ont trait aux délais de prescription les abordent de différentes manières. Première-

<sup>108</sup> A. Dickinson et E. Lein (dir. pub.) (*op. cit.* note 99), para. 13.210.

<sup>109</sup> Sur ce point, voir l'arrêt du 13 octobre 2011, *Prism Investments BV c. Jaap Anne van der Meer*, C-139/10, EU:C:2011:653, point 40 et références.

<sup>110</sup> *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*. Sur ce point, voir l'arrêt du 4 février 1988, *Horst Ludwig Martin Hoffmann c. Adelheid Krieg*, C-145/86, UE:C:1988:61, points 27 à 29.

<sup>111</sup> A. Bucher (dir. pub.), *Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2011, p. 2011, para. 1.

<sup>112</sup> A. Bucher (dir. pub.) (*ibid.*), p. 2035, para. 6 et 7.

<sup>113</sup> Convention de Minsk, art. 55(f) : la reconnaissance d'une décision ne nécessitant pas d'enregistrement conformément à l'art. 52 peut être refusée si « (f) le délai de prescription de l'exécution forcée prévu par la législation de l'État contractant dont le tribunal exécute la décision est écoulé » [*traduction du Bureau Permanent*].

<sup>114</sup> Convention de Minsk, art. 1(2) : « Les ressortissants d'un État contractant donné et les personnes résidant sur son territoire [...] peuvent [...] y introduire des actions et y effectuer tous autres actes de procédure, dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'État contractant concerné. » [*Traduction du Bureau Permanent*].

<sup>115</sup> Protocole de Las Leñas, art. 24 : « La procédure relative à la reconnaissance et à l'exécution des décisions de justice et sentences arbitrales, y compris la compétence des organes juridictionnels respectifs, est régie par la loi de l'État requis. » [*Traduction des Nations Unies*].

<sup>116</sup> *Ibid.*, art. 3.

<sup>117</sup> Accord de Riyad, art. 31(b) : « Les procédures relatives à la reconnaissance d'un jugement ou à son exécution sont régies par la législation de l'État partie requis, sauf dispositions contraires du présent Accord. » [*Traduction du Bureau Permanent*].

<sup>118</sup> Accord de Riyad, art. 3 : « Les nationaux des parties contractantes jouiront, à l'intérieur des frontières de chaque partie, du droit d'invoquer et de défendre leurs droits devant les organes judiciaires ; et il est expressément interdit de les soumettre à toute forme de sécurité, personnelle ou en nature, s'ils ne possèdent pas la nationalité de la partie contractante concernée ou s'ils n'ont ni domicile ni résidence sur le territoire de l'État où le litige a lieu. Les dispositions du paragraphe précédent s'appliquent aux personnes morales établies ou titulaires d'une licence conformément à la législation de chacune des parties contractantes. » [*Traduction du Bureau Permanent*].

<sup>119</sup> Convention de Kiev, art. 3.

<sup>120</sup> Loi type du *Commonwealth*, art. 16(4).



not place additional requirements upon the enforcement of foreign judgments or render it more difficult, unless expressly provided in the Regulation.<sup>108</sup>

54 These two principles have already been asserted by the European Court of Justice under the Brussels I Regulation<sup>109</sup> and the Brussels Convention.<sup>110</sup>

## 2 Lugano Convention

55 Foreign judgments shall be recognised *ipso jure* in any other Contracting State to the Lugano Convention.<sup>111</sup> Article 33(1) provides that “[a] judgment given in a State bound by this Convention shall be recognised in the other States bound by this Convention without any special procedure being required”.

56 As regards the enforcement of judgments, the Lugano Convention, unlike the Brussels I Recast Regulation, requires a party to obtain a declaration of enforceability from the requested State prior to enforcement in the court addressed. It is the law of the requested State that lays down “the means of enforcement and terms of attachment” insofar as the Convention does not determine those issues.<sup>112</sup>

57 The Lugano Convention does not explicitly prescribe a limitation period, nor does it refer to the principle of “non-discrimination” in the enforcement of foreign judgments.

## 3 Minsk Convention

58 Recognition and enforcement of foreign judgments is governed by Section III of the Minsk Convention. The grounds for refusing recognition or enforcement of a foreign judgment include the expiration of the limitation period according to the law of the requested State.<sup>113</sup>

59 The Minsk Convention requires equal treatment of the citizens from the Contracting States regarding access to justice and performance of procedural acts.<sup>114</sup>

## 4 Las Leñas Protocol

60 The Las Leñas Protocol designates the procedural law of the requested State to govern the recognition and enforcement of foreign judgments.<sup>115</sup>

61 Chapter III of the Protocol, entitled “Equality of procedural treatment”, requires equal treatment in the context of access to justice. The courts of one Member State must

consider and treat the citizens and permanent residents of the other Member States like their own.<sup>116</sup>

## 5 Riyadh Agreement

62 Under the Riyadh Agreement, the procedure for recognition and enforcement is governed by the law of the requested State.<sup>117</sup> The Riyadh Agreement also contains a general principle of non-discrimination of citizens or legal persons among the Contracting States.<sup>118</sup>

## 6 Kiev Convention

63 The Kiev Convention refers to the expiry of a three-year limitation period as a ground for refusal in Article 9(e). Execution may only be refused upon the request of the party against whom the enforcement is sought, and only if that party provides the competent court of the requested State with evidence that the three-year limitation period for enforcement has expired. This approach is different from other international or regional instruments, as it prescribes a specific limitation period in the text.

64 The Kiev Convention also provides that commercial actors of each Contracting State are entitled to “plead, to bring forward motions, to file claims and to perform other procedural acts on the territories” of other Contracting States, and are entitled to equal legal and judicial protection of their proprietary rights and legitimate interests.<sup>119</sup>

## 7 Commonwealth Model Law

65 The Commonwealth Model Law proposes that an application to enforce both monetary and non-monetary foreign judgments should be subject to the limitation period under the law of the State of origin, or 10 years after the day when the judgment becomes enforceable in the State of origin, whichever is earlier.<sup>120</sup>

66 The Commonwealth Model Law is designed to assist Commonwealth countries to modernise their approach to the recognition and enforcement of foreign judgments. It does not propose rules in relation to the principles of “non-discrimination” and “good faith”.

## 8 Summary

67 Most instruments above do not explicitly address limitation periods. They designate the law of the requested State to govern procedural issues relating to the recognition and enforcement of foreign judgments. However, they do not specify whether limitation periods are matters of procedure or not.

68 The instruments that do touch upon limitation periods address them in different ways. First, one instrument identi-

<sup>108</sup> A. Dickinson and E. Lein (eds.) (*op. cit.* note 99), para. 13.210.

<sup>109</sup> On this point, see Judgment of 13 October 2011, *Prism Investments BV v. Jaap Anne van der Meer*, C-139/10, EU:C:2011:653, para. 40 and references.

<sup>110</sup> *Brussels Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters*. On this point, see Judgment of 4 February 1988, *Horst Ludwig Martin Hoffmann v. Adelheid Krieg*, C-145/86, EU:C:1988:61, paras 27-29.

<sup>111</sup> A. Bucher (ed.), *Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2011, p. 2011, para. 1.

<sup>112</sup> A. Bucher (ed.) (*ibid.*), p. 2035, paras 6 and 7.

<sup>113</sup> Minsk Convention, Art. 55(f): the recognition of a decision not requiring registration pursuant to Art. 52 “may be refused if: [...] (f) the period of limitation applicable to enforcement according to the legislation of the Contracting State addressed has expired”.

<sup>114</sup> Minsk Convention, Art. 1(2): “The nationals of each Contracting State and the other persons resident on its territory [...] shall be entitled to [...] file claims, and perform other procedural acts on the same conditions with its own nationals.”

<sup>115</sup> Las Leñas Protocol, Art. 24: “Proceedings, including the competence of the respective judicial bodies, for the purposes of the recognition and execution of decisions or arbitral judgements, shall be governed by the laws of the requested State.” [*Translation by the United Nations.*]

<sup>116</sup> *Ibid.*, Art. 3.

<sup>117</sup> Riyadh Agreement, Art. 31(b): “Procedures pertaining to the recognition of a judgement or the execution thereof shall be subject to the laws of the requested [State] party if not otherwise governed by the provisions of this Agreement.”

<sup>118</sup> Riyadh Agreement, Art. 3, “Citizens of the contracting parties shall enjoy within the borders of each party the right of litigation before legal bodies to demand and defend their rights; and it is specifically prohibited to subject them to any form of security, personal or in kind, if they do not carry the nationality of the contracting party concerned or because they do not have a domicile or place of residence within the borders of the state where the litigation takes place. The provisions of the preceding paragraph shall apply to legal persons established or licensed in accordance with the laws of each of the contracting parties.”

<sup>119</sup> Kiev Convention, Art. 3.

<sup>120</sup> Commonwealth Model Law, Art. 16(4).

ment, un instrument identifie le délai de prescription applicable comme étant celui qui est le plus long, que ce soit celui prévu par le droit de l'État requis ou celui de l'État d'origine (concernant l'exécution des arrérages : Convention Recouvrement des aliments de 2007). Deuxièmement, un autre instrument désigne le droit de l'État d'origine ou un délai de 10 ans, le délai le plus court étant retenu (Loi type du *Commonwealth*). Troisièmement, d'autres instruments formulent l'expiration d'un délai de prescription comme un motif de refus. Dans ce cas, le délai de prescription est soit régi par le droit de l'État requis (Convention de Minsk), soit expressément prévu dans l'instrument (Convention de Kiev).

69 Il convient toutefois de noter qu'aucune de ces différentes manières de traiter les délais de prescription ne peut convenir au projet de Convention étant donné que le fonctionnement du projet de Convention exige que le jugement soit exécutoire dans l'État d'origine. Si le jugement n'est plus exécutoire dans l'État d'origine, la question de savoir si le délai dans l'État requis est plus long ou non n'est pas pertinente car le jugement ne peut pas circuler en vertu de l'article 4(3) du projet de Convention. Ceci se distingue par exemple de la Convention Recouvrement des aliments de 2007 qui permet au droit de l'État d'origine et au droit de l'État requis de régir les délais de prescription (le délai le plus long étant retenu). En outre, il ne conviendrait peut-être pas que le projet de Convention, en tant qu'instrument global, prévoit un délai spécifique car cela ne relève pas du mandat de la Conférence de La Haye de droit international privé qui est d'harmoniser les règles de droit international privé.

70 Les principes de « non-discrimination » ou d'« égalité de traitement » sont généralement reflétés dans ces instruments. Plusieurs d'entre eux exigent que les jugements étrangers soient traités de la même manière que les jugements internes, c'est le cas notamment du Règlement Bruxelles I *bis*. Toutefois, ces principes ne s'appliquent pas explicitement aux délais de prescription.

## V CONCLUSION

71 Sur la base de l'analyse qui précède, différentes solutions sont proposées pour répondre aux deux questions identifiées à la section I, où un délai de prescription plus court (question 1) ou plus court et discriminatoire (question 2) s'applique potentiellement à l'exécution du jugement étranger dans l'État requis.

72 **Question 1** : Le projet de Convention devrait-il permettre au tribunal requis de refuser l'exécution au motif que le délai de prescription prévu par le droit de l'État requis est expiré et, dans l'affirmative, de quelle manière, avec une attention particulière aux États qui considèrent les délais de prescription comme une question de fond.

73 **Option A** : introduire une disposition spécifique en ce qui concerne les « délais de prescription » dans le projet de Convention. Cette disposition préciserait que le tribunal requis peut refuser l'exécution en raison de l'expiration d'un délai de prescription applicable à l'exécution des jugements étrangers en vertu du droit de l'État requis. Selon cette option, le délai de prescription applicable serait déterminé par le droit de l'État requis, et l'expiration du délai de prescription prévu par son droit constituerait un motif de refus (conformément à l'art. 4(1)). La sécurité juridique quant au droit de l'État requis à cet égard pourrait être encore renforcée en demandant aux États, lorsqu'ils adhèrent au projet de Convention, de soumettre une description de leurs

lois et procédures concernant les délais de prescription pour l'exécution des jugements étrangers (un « Profil d'État »). L'approche consistant à exiger la présentation d'un Profil d'État a été adoptée dans la Convention Recouvrement des aliments de 2007<sup>121</sup>.

74 **Option B** : introduire un motif de refus en vertu de l'article 7(1) du projet de Convention fondé sur l'expiration du délai de prescription conformément au droit de l'État requis. Cette option a été proposée par plusieurs États au sein de la Commission spéciale. Elle identifie clairement l'expiration d'un délai de prescription comme un motif de refus (conformément à l'art. 4(1)) et le droit qui détermine le délai de prescription applicable. Cette option est neutre quant à la nature des délais de prescription, offrant ainsi une solution pratique aux États qui considèrent que les délais de prescription sont substantiels (le délai de prescription s'appliquera simplement comme le prévoit le droit de l'État requis). Toutefois, l'article 7 traite du refus de reconnaissance et d'exécution. Étant donné qu'il a été convenu lors de précédentes réunions de la Commission spéciale que la reconnaissance ne devrait pas faire l'objet de délais de prescription, il n'est peut-être pas approprié de prévoir des délais de prescription à l'article 7 (Refus de reconnaissance ou d'exécution).

75 **Option C** : modifier le titre de l'article 14 et identifier les délais de prescription à l'article 14(1), qui pourrait se lire comme suit :

### « Article 14 *Procédure et délai de prescription* »

1 La procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, l'exécution du jugement et le délai dans lequel l'exécution doit être demandée sont régis par le droit de l'État requis sauf si la présente Convention en dispose autrement. Le tribunal requis agit avec célérité. »

L'identification des délais de prescription dans l'article 14(1) précise que le délai de prescription doit être régi par le droit de l'État requis et que le tribunal requis peut refuser l'exécution lorsque celui-ci a expiré. Cette option est pragmatique en ce sens que la solution est prévue dans le texte actuel du projet de Convention au lieu de créer une nouvelle disposition, comme proposé dans l'option A. Elle évite également d'introduire un nouveau motif de refus, comme proposé dans l'option B qui pourrait également compliquer l'utilisation du terme « reconnaissance ». Le changement du titre de l'article 14 en « Procédure et délai de prescription » indique également que les délais de prescription doivent être déterminés par le tribunal requis, qu'ils soient ou non appliqués sur le fond ou sur la procédure.

<sup>121</sup> Convention Recouvrement des aliments de 2007, art. 57 :

#### « Informations relatives aux lois, procédures et services »

1 Un État contractant, au moment où il dépose son instrument de ratification ou d'adhésion ou fait une déclaration en vertu de l'article 61 de la Convention, fournit au Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé :

- une description de sa législation et de ses procédures applicables en matière d'obligations alimentaires ;
- une description des mesures qu'il prendra pour satisfaire à ses obligations en vertu de l'article 6 ;
- une description de la manière dont il procurera aux demandeurs un accès effectif aux procédures conformément à l'article 14 ;
- une description de ses règles et procédures d'exécution, y compris les limites apportées à l'exécution, en particulier les règles de protection du débiteur et les délais de prescription ;
- toute précision à laquelle l'article 25(1)(b) et (3) fait référence.

2 Les États contractants peuvent, pour satisfaire à leurs obligations découlant du paragraphe premier, utiliser un formulaire de profil des États recommandé et publié par la Conférence de La Haye de droit international privé.

3 Les informations sont tenues à jour par les États contractants. »

fies the applicable limitation period as whichever is longer, be that the one provided in the law of the requested State or the one of the State of origin (regarding enforcement of arrears: the 2007 Child Support Convention). Secondly, another designates the law of the State of origin or a period of 10 years, whichever is earlier (the Commonwealth Model Law). Thirdly, others formulate the expiration of a limitation period as a ground for refusal. Here, the limitation period is either governed by the law of the requested State (the Minsk Convention) or is specifically prescribed in the instrument (the Kiev Convention).

69 It should however be noted that none of these different ways of dealing with limitation periods may be suitable for the draft Convention, because the operation of the draft Convention requires the judgment to be enforceable in the State of origin. If the judgment is no longer enforceable in the State of origin, whether the period in the requested State is longer or not is irrelevant, as the judgment cannot circulate under the draft Convention altogether by virtue of Article 4(3). This is, for instance, distinct from the 2007 Child Support Convention, which permits the law of the State of origin and the law of the requested State to govern limitation periods (whichever is longer). In addition, it might not be suitable for the draft Convention, as a global instrument, to set forth a specific time limit, as it falls outside the mandate of the Hague Conference on Private International Law of harmonising private international law rules.

70 The principles of “non-discrimination” or “equal treatment” are generally reflected in these instruments. Several of them require foreign judgments to be treated in the same way as domestic judgments, such as the Brussels I Recast Regulation. However, these principles do not apply explicitly to limitation periods.

## V CONCLUSION

71 Based on the foregoing analysis, different solutions are proposed to address the two issues raised in Section I, where a shorter (Issue 1) or shorter and discriminatory (Issue 2) limitation period potentially applies to the enforcement of the foreign judgment in the requested State.

72 **Issue 1:** Whether, and, if so, how the draft Convention should permit the court addressed to refuse enforcement on the basis that a limitation period under the law of the requested State has lapsed, with particular attention to States which consider limitation periods to be a matter of substance.

73 *Option A:* introduce a specific “limitation periods” Article into the draft Convention. The Article would specify that the court addressed may refuse enforcement due to the expiration of a limitation period applicable to the enforcement of foreign judgments under the law of the requested State. Under this option, the applicable limitation period would be determined by the law of the requested State, and the lapse of the limitation period under its law would constitute a basis for refusal (consistent with Art. 4(1)). The legal certainty as to what the law of the requested State is in this regard could be further enhanced by requiring States, when joining the draft Convention, to submit a de-

scription of their laws and procedures concerning the limitation periods for enforcement of foreign judgments (a “Country Profile”). The approach of requiring the submission of a Country Profile was adopted in the 2007 Child Support Convention.<sup>121</sup>

74 *Option B:* introduce a ground for refusal under Article 7(1) of the draft Convention based on the expiration of the limitation period in accordance with the law of the requested State. This Option has been proposed by several States in the Special Commission. It clearly identifies the lapse of a limitation period as a ground for refusal (consistent with Art. 4(1)) and the law which determines the applicable limitation period. It is neutral as to the nature of limitation periods, thereby providing a practical solution for States which consider limitation periods to be substantive (the limitation period will simply apply as determined by the law of the requested State). However, Article 7 addresses refusal for both recognition and enforcement. Since there was agreement in previous Special Commission meetings that recognition should not be subject to limitation periods, placing limitation periods under Article 7 (Refusal of recognition or enforcement) may not be appropriate.

75 *Option C:* change the title of Article 14 and identify limitation periods within Article 14(1), which could read:

### “Article 14 *Procedure and limitation periods*”

1 The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, the enforcement of the judgment, and the time within which enforcement must be sought, are governed by the law of the requested State unless this Convention provides otherwise. The court addressed shall act expeditiously.”

Identifying limitation periods within Article 14(1) clarifies that limitation periods are to be governed by the law of the requested State and the court addressed can refuse enforcement when the period has expired. This option is pragmatic in the sense that the solution is provided within the current text of the draft Convention instead of creating a new provision, as proposed in Option A. It also avoids introducing a new ground for refusal, as proposed in Option B, which could also complicate the use of the term “recognition”. Changing the title of Article 14 to “Procedure and limitation periods” also indicates that limitation periods are to be determined by the court addressed, whether or not they are applied as a matter of substance or procedure.

<sup>121</sup> 2007 Child Support Convention, Art. 57:

“*Provision of information concerning laws, procedures and services*”

1 A Contracting State, by the time its instrument of ratification or accession is deposited or a declaration is submitted in accordance with Article 61 of the Convention, shall provide the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law with –

(a) a description of its laws and procedures concerning maintenance obligations;  
(b) a description of the measures it will take to meet the obligations under Article 6;  
(c) a description of how it will provide applicants with effective access to procedures, as required under Article 14;  
(d) a description of its enforcement rules and procedures, including any limitations on enforcement, in particular debtor protection rules and limitation periods;  
(e) any specification referred to in Article 25(1)(b) and (3).

2 Contracting States may, in fulfilling their obligations under paragraph 1, utilise a country profile form recommended and published by the Hague Conference on Private International Law.

3 Information shall be kept up to date by the Contracting States.”

76 Étant donné que l'une ou l'autre des options proposées ci-dessus peut être considérée comme une distanciation par rapport à l'approche adoptée dans le cadre de la Convention Élection de for de 2005 et peut donner lieu à des interprétations divergentes à cet égard, il pourrait être souhaitable que le Rapport explicatif précise cette option ainsi que la considération politique envisagée.

77 **Question 2 :** Comment empêcher l'application de délais de prescription (plus courts) prescrits par le droit de l'État requis qui est discriminatoire à l'égard des jugements étrangers.

78 *Option D :* suivre l'approche actuelle et expliquer davantage dans le Rapport explicatif l'importance de la « non-discrimination » à l'égard des jugements étrangers, en particulier en matière de délais de prescription. Le projet révisé de Rapport explicatif aborde de manière générale le principe de non-discrimination ; toutefois, il pourrait davantage préciser que les délais de prescription applicables aux jugements étrangers ne devraient pas s'écarter de ceux applicables aux jugements internes.

79 *Option E :* alternative à l'option D, introduire le principe de « non-discrimination » comme principe fondamental dans le préambule du projet de Convention. Le préambule pourrait adopter un libellé similaire à celui du considérant 26 du Règlement Bruxelles I *bis* et décrire la non-discrimination comme un élément essentiel pour assurer l'efficacité du projet de Convention. Ce principe pourrait encourager le tribunal requis à interpréter la Convention d'une manière qui l'empêche d'appliquer un délai de prescription discriminatoire aux jugements étrangers. L'introduction de ce principe dans le préambule pourrait également être utile pour l'interprétation et le fonctionnement du projet de Convention dans d'autres aspects de la reconnaissance et de l'exécution. Il convient toutefois de noter que le droit de certains États peut ne pas donner effet au préambule ou ne pas s'y référer pour l'interprétation.

80 *Option F :* introduire le principe de « non-discrimination » dans le texte du projet de Convention, soit aux articles 4, 14 ou dans un article distinct. Cette solution semble plus efficace que les options D ou E ci-dessus. Le principe de non-discrimination pourrait être adapté spécifiquement pour ne traiter que la question des délais de prescription, en prescrivant l'égalité de traitement des jugements étrangers et internes. Le principal avantage de cette option est qu'elle établit des obligations claires pour l'État requis lorsqu'il traite de l'exécution de jugements étrangers, ce qui renforce la sécurité juridique.

76 Since any Option proposed above may be seen as a departure from the approach under the 2005 Choice of Court Convention, and may prompt divergent interpretations in this regard, it may be advisable for the Explanatory Report to clarify the option and the intended policy consideration.

77 **Issue 2:** How to prevent the application of (shorter) limitation periods prescribed by the law of the requested State which discriminates against foreign judgments.

78 *Option D:* follow the current approach and further highlight in the Explanatory Report the importance of “non-discrimination” against foreign judgments, particularly in the context of limitation periods. The revised draft Explanatory Report broadly addresses the principle of non-discrimination; however, it could further highlight that the limitation periods applicable to foreign judgments should not diverge from those applicable to domestic judgments.

79 *Option E:* alternative to Option D, introduce the principle of “non-discrimination” as a fundamental principle in the Preamble of the draft Convention. The Preamble could adopt similar language to recital 26 of the Brussels I Recast Regulation and describe non-discrimination as an essential element to ensure the effectiveness of the draft Convention. The principle could encourage the court addressed to interpret the Convention in a manner that prevents it from applying a discriminatory limitation period to foreign judgments. Introducing this principle in the Preamble could also be useful in the interpretation and operation of the draft Convention in other aspects of recognition and enforcement. It should be noted, however, that some States’ law may not give effect to the Preamble nor rely on it for interpretation purposes.

80 *Option F:* introduce the principle of “non-discrimination” in the text of the draft Convention, either in Article 4, 14 or in a separate article. This seems to be a more effective solution in comparison with Option D or E above. The non-discrimination principle could be tailored specifically to address only the matter of limitation periods, prescribing equal treatment of foreign and domestic judgments. The main advantage of this option is that it establishes clear obligations for the requested State when dealing with the enforcement of foreign judgments, thus providing further legal certainty.

Instruments	Dispositions pertinentes
Convention HCCH Recouvrement des aliments de 2007	<p>Article 32(5) :</p> <p>« Le délai de prescription relatif à l'exécution des arrérages est déterminé par la loi, de l'État d'origine de la décision ou de l'État requis, qui prévoit le délai le plus long. »</p>
	<p>Article 33 :</p> <p>« Dans les affaires relevant de la Convention, l'État requis prévoit des mesures d'exécution au moins équivalentes à celles qui sont applicables aux affaires internes. »</p>
Convention HCCH Élection de for de 2005	<p>Article 14 :</p> <p>« La procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, et l'exécution du jugement, sont régies par le droit de l'État requis sauf si la présente Convention en dispose autrement. Le tribunal requis agit avec célérité. »</p>
Convention HCCH Protection des adultes de 2000	<p>Article 27 :</p> <p>« Les mesures prises dans un État contractant, qui sont déclarées exécutoires ou enregistrées aux fins d'exécution dans un autre État contractant, y sont mises à exécution comme si elles avaient été prises par les autorités de cet autre État. La mise à exécution des mesures se fait conformément à la loi de l'État requis dans les limites qui y sont prévues. »</p>
Convention HCCH Protection des enfants de 1996	<p>Article 28 :</p> <p>« Les mesures prises dans un État contractant, qui sont déclarées exécutoires ou enregistrées aux fins d'exécution dans un autre État contractant, y sont mises à exécution comme si elles avaient été prises par les autorités de cet autre État. La mise à exécution des mesures se fait conformément à la loi de l'État requis dans les limites qui y sont prévues, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant. »</p>
Convention HCCH Obligations alimentaires de 1958	<p>Article 6 :</p> <p>« La procédure d'exequatur est régie, en tant que la présente Convention n'en dispose autrement, par la loi de l'État dont relève l'autorité d'exécution.</p> <p>Toute décision déclarée exécutoire a la même force et produit les mêmes effets que si elle émanait d'une autorité compétente de l'État où l'exécution est demandée. »</p>
Règlement Bruxelles I bis	<p>Article 41(1) :</p> <p>« Sous réserve des dispositions de la présente section, la procédure d'exécution des décisions rendues dans un autre État membre est régie par le droit de l'État membre requis. Une décision rendue dans un État membre et qui est exécutoire dans l'État membre requis est exécutée dans ce dernier dans les mêmes conditions qu'une décision rendue dans l'État membre requis. »</p>
	<p>Considérant 26 :</p> <p>« La confiance réciproque dans l'administration de la justice au sein de l'Union justifie le principe selon lequel les décisions rendues dans un État membre devraient être reconnues dans tous les États membres sans qu'une procédure spéciale ne soit nécessaire. En outre, la volonté de réduire la durée et les coûts des litiges transfrontières justifie la suppression de la déclaration constatant la force exécutoire préalable à l'exécution dans l'État membre requis. En conséquence, toute décision rendue par les juridictions d'un État membre devrait être traitée comme si elle avait été rendue dans l'État membre requis. »</p>

Instruments	Relevant provisions
2007 HCCH Child Support Convention	<p>Article 32(5)</p> <p>“Any limitation on the period for which arrears may be enforced shall be determined either by the law of the State of origin of the decision or by the law of the State addressed, whichever provides for the longer limitation period.”</p>
	<p>Article 33</p> <p>“The State addressed shall provide at least the same range of enforcement methods for cases under the Convention as are available in domestic cases.”</p>
2005 HCCH Choice of Court Convention	<p>Article 14</p> <p>“The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the requested State unless this Convention provides otherwise. The court addressed shall act expeditiously.”</p>
2000 HCCH Protection of Adults Convention	<p>Article 27</p> <p>“Measures taken in one Contracting State and declared enforceable, or registered for the purpose of enforcement, in another Contracting State shall be enforced in the latter State as if they had been taken by the authorities of that State. Enforcement takes place in accordance with the law of the requested State to the extent provided by such law.”</p>
1996 HCCH Child Protection Convention	<p>Article 28</p> <p>“Measures taken in one Contracting State and declared enforceable, or registered for the purpose of enforcement, in another Contracting State shall be enforced in the latter State as if they had been taken by the authorities of that State. Enforcement takes place in accordance with the law of the requested State to the extent provided by such law, taking into consideration the best interests of the child.”</p>
1958 HCCH Maintenance Obligations Convention	<p>Article 6</p> <p>“The procedure for declaration of enforceability shall be governed, unless this Convention provides otherwise, by the law of the State of the enforcement authority.</p> <p>Any decision ruled to be enforceable shall have the same authority and the same effects as if it were issued by a competent authority of the State where enforcement is sought.” [<i>Translation by the Permanent Bureau.</i>]</p>
Brussels I Recast Regulation	<p>Article 41(1)</p> <p>“Subject to the provisions of this Section, the procedure for the enforcement of judgments given in another Member State shall be governed by the law of the Member State addressed. A judgment given in a Member State which is enforceable in the Member State addressed shall be enforced there under the same conditions as a judgment given in the Member State addressed.”</p>
	<p>Recital 26</p> <p>“Mutual trust in the administration of justice in the Union justifies the principle that judgments given in a Member State should be recognised in all Member States without the need for any special procedure. In addition, the aim of making cross-border litigation less time-consuming and costly justifies the abolition of the declaration of enforceability prior to enforcement in the Member State addressed. As a result, a judgment given by the courts of a Member State should be treated as if it had been given in the Member State addressed.”</p>

Instruments	Dispositions pertinentes
Convention de Minsk	<p>Article 55(f) :</p> <p>« La reconnaissance d'un jugement [peut] être refusée si : [...]»</p> <p>(f) le délai de prescription applicable à l'exécution selon la législation de l'État contractant requis a expiré. » [Traduction du Bureau Permanent.]</p>
	<p>Article 1(2) :</p> <p>« Les ressortissants d'un État contractant donné [...] effectue[nt] tous autres actes de procédure, dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'État contractant concerné. » [Traduction du Bureau Permanent.]</p>
Convention de Kiev	<p>Article 9(e) :</p> <p>« La mise à exécution d'une décision peut être refusée sur demande de la partie à l'encontre de laquelle elle a été rendue, sous réserve que ladite partie présente au tribunal compétent du lieu où la mise à exécution est prévue des justificatifs établissant que :</p> <p>(e) le délai de prescription de trois ans applicable à la présentation d'une décision à des fins d'exécution forcée est écoulé. » [Traduction du Bureau Permanent.]</p>
Loi type du <i>Commonwealth</i>	<p>Article 9(4) :</p> <p>« 4) Un jugement pécuniaire enregistré en vertu de la présente loi ne peut être exécuté dans [...] que dans le délai prévu par la loi de l'État d'origine ou, si ce délai est plus court, dans les [10] ans suivant la date à laquelle les jugements étrangers deviennent exécutoires dans cet État. » [Traduction du Bureau Permanent.]</p>
	<p>Article 16(4) :</p> <p>« 4) Un jugement non pécuniaire ne peut être exécuté dans [...] que dans le délai prévu par la loi de l'État d'origine ou, si ce délai est plus court, dans les [10] ans suivant la date à laquelle les jugements étrangers deviennent exécutoires dans cet État, si ce délai est antérieur au premier. » [Traduction du Bureau Permanent.]</p>



Instruments	Relevant provisions
Minsk Convention	Art. 55(f)  “The recognition of a judgment [...] may be refused if: [...] <ul style="list-style-type: none"> <li>(f) the period of limitation applicable to enforcement according to the legislation of the Contracting State addressed has expired.” [<i>Translation by the Permanent Bureau.</i>]</li> </ul>
	Art. 1(2)  “The nationals of each Contracting State [...] perform other procedural acts on the same conditions with its own nationals”.
Kiev Convention	Article 9(e)  “Enforcement of a judgment may be refused upon request of the party against which it is directed only if this party delivers to the competent court in the State where enforcement is being sought evidence of the following: [...] <ul style="list-style-type: none"> <li>(e) the three-year limitation period for filing the judgment for enforcement has expired.”</li> </ul>
Commonwealth Model Law	Article 9(4)  “A money-judgment registered under this Act may be enforced in [...] only within the period provided by the law of the state of origin, or within [10] years after the day on which the foreign judgment becomes enforceable in that state, whichever is earlier.”
	Article 16(4)  “A non-monetary judgment may be enforced in [...] only within the period provided by the law of the state of origin, or within [10] years after the day on which the judgment becomes enforceable in that state, whichever is earlier.”

---

Note sur le réexamen de l'inclusion de la « pollution marine » ainsi que « remorquage et sauvetage d'urgence » dans le champ d'application du projet de Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale

ÉTABLIE PAR LE BUREAU PERMANENT

*Document préliminaire No 12 de juin 2019*

---

I INTRODUCTION

1 La Quatrième réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (ci-après, la « Commission spéciale »), qui s'est tenue en mai 2018, a débouché sur le projet de Convention de 2018 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale (ci-après, le « projet de Convention »)<sup>1</sup>. L'article 2(1)(g) du projet de Convention prévoit :

« Article 2  
*Exclusions du champ d'application*

1 La présente Convention ne s'applique pas aux matières suivantes :

[...]

(g) la pollution marine, la limitation de responsabilité pour des demandes en matière maritime, les avaries communes, ainsi que le remorquage et le sauvetage d'urgence ; [...]. »

Cette disposition exclut les jugements portant sur les matières maritimes du champ d'application du projet de Convention.

2 Le libellé actuel de l'article 2(1)(g) du projet de Convention s'inspire de l'article 2(2)(g) de la *Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for* (ci-après, la « Convention Élection de for de 2005 »)<sup>2</sup>. Lors de sa réunion de mai 2018, la Commission spéciale a discuté de toutes les éventuelles modifications du champ d'application du projet de Convention. Les participants ont envisagé de supprimer les expressions « pollution marine » et « remorquage et sauvetage d'urgence » de l'article 2(1)(g) afin de permettre que les jugements portant sur ces matières soient couverts par le projet de Convention<sup>3</sup>.

3 Les partisans de l'inclusion de ces matières dans le champ d'application du projet de Convention ont fait valoir qu'il était dans l'intérêt commun d'empêcher la pollution

marine et d'encourager le remorquage et le sauvetage d'urgence. Il a été précisé que le fait de ne pas reconnaître et de ne pas exécuter les jugements rendus contre les pollueurs marins ou en faveur des remorqueurs et des sauveteurs pourrait encourager ces premières activités et décourager les dernières, permettant ainsi aux pollueurs et à d'autres d'externaliser les coûts de leurs activités.

4 L'inclusion des expressions « pollution marine » et « remorquage et sauvetage d'urgence » dans le champ d'application du projet de Convention se justifie également par l'absence d'instruments spécialisés existants en matière de remorquage et de sauvetage d'urgence<sup>4</sup>, et par la portée territoriale et matérielle limitée des instruments spécialisés existants concernant la pollution maritime<sup>5</sup>.

5 Par ailleurs, lesdits partisans ont noté que le champ d'application plus large du projet de Convention par rapport à celui de la Convention Élection de for de 2005 pourrait également permettre une distanciation par rapport au libellé de la Convention de 2005, bien que celui-ci soit à l'origine de la disposition en question.

6 D'autres délégations se sont opposées à la suppression de l'expression « pollution marine » au motif qu'il existe déjà des instruments internationaux qui facilitent la reconnaissance et l'exécution des jugements portant sur la pollution marine.

7 Bien qu'il y ait eu accord pour supprimer « le remorquage et le sauvetage d'urgence » de l'article 2(1)(g), il a finalement été conclu que cette partie de la disposition devrait rester inchangée en raison du manque d'expertise pertinente en la matière. Une autre raison justifiant cette conclusion était que davantage d'informations sur les instruments internationaux traitant de la pollution marine et du remorquage et du sauvetage d'urgence seraient nécessaires dans la période précédant la Vingt-deuxième session de la HCCH<sup>6</sup>.

8 Dans ce contexte, la présente Note vise à examiner si les instruments internationaux existants relatifs au droit maritime contiennent des dispositions concernant la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers relatifs au droit maritime et, le cas échéant, à examiner le champ d'application de ces instruments en portant une attention particulière aux jugements portant sur la « pollution marine » et « le remorquage et le sauvetage d'urgence ». La section II se penchera sur les discussions pertinentes ayant eu lieu au cours des négociations des phases précédentes du projet Jugements, qui a été lancé par la HCCH en 1992 en ce qui concerne la compétence internationale des tribunaux et la reconnaissance et l'exécution de leurs jugements à l'étranger. Cette section portera sur l'examen de la Convention Élection de for de 2005. La section III présentera ensuite les conclusions des recherches sur les instruments internationaux relatifs au droit maritime qui traitent de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers portant sur les matières relevant de la pollution marine, du remorquage d'urgence et du sauvetage. La section IV contient des recommandations qui devront être prises en considération lors de la Session diplomatique. Une annexe, qui figure à la fin de la Note, présente dans un tableau les dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution qui existent dans les instruments internationaux pertinents.

---

<sup>1</sup> Voir Doc. trav. No 262 REV, Projet de Convention révisé proposé par le Comité de rédaction arrêté au 28 mai 2018, distribué le 28 mai 2018, voir Cahier 3, p. 318, du présent tome.

<sup>2</sup> Voir « Note explicative établissant le contexte du Projet de texte et répertoriant les questions en suspens », établie par le Bureau Permanent, Doc. pré-l. No 2 d'avril 2016 à l'attention de la Commission spéciale de juin 2016 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (disponible sur le site web de la HCCH à l'adresse <www.hcch.net>, sous l'Espace spécialisé « Jugements »), p. 8.

<sup>3</sup> Voir Doc. trav. No 190, proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique, distribué (en anglais uniquement) en octobre 2017, Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 13 au 17 novembre 2017), voir Cahier 3, p. 213, du présent tome.

---

<sup>4</sup> Voir para. 50, 51, 54 et 68 ci-dessous.

<sup>5</sup> Voir Procès-verbaux de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 24 au 29 mai 2018) (disponible sur le Portail sécurisé du site web de la HCCH à l'adresse <www.hcch.net>, sous la rubrique « 22<sup>e</sup> Session diplomatique »), Procès-verbal No 4, para. 46.

<sup>6</sup> *Ibid.*, para. 47 à 52 ; Aide-mémoire de la réunion de la Commission spéciale de mai 2018, voir Cahier 3, p. 336, du présent tome, para. 24.

---

## Note on reconsidering “marine pollution” and “emergency towage and salvage” within the scope of the draft Convention on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters

DRAWN UP BY THE PERMANENT BUREAU

*Preliminary Document No 12 of June 2019*

---

### I INTRODUCTION

1 The Fourth Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (hereinafter, “Special Commission”), which took place in May 2018, produced the 2018 draft Convention on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters (hereinafter, “draft Convention”).<sup>1</sup> Article 2(1)(g) of the draft Convention states:

“Article 2  
*Exclusions from scope*”

1 This Convention shall not apply to the following matters –

[...]

(g) marine pollution, limitation of liability for maritime claims, general average, and emergency towage and salvage; [...].”

This provision excludes judgments arising from maritime-related matters from the scope of the draft Convention.

2 The current wording of Article 2(1)(g) of the draft Convention was modelled on Article 2(2)(g) of the *Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements* (hereinafter, “2005 Choice of Court Convention”).<sup>2</sup> During its May 2018 meeting, the Special Commission discussed any potential amendments to the scope of the draft Convention. Participants considered whether the wording “marine pollution” and “emergency towage and salvage” should be removed from Article 2(1)(g) thereby allowing judgments on such matters to be covered by the draft Convention.<sup>3</sup>

3 The proponents of including these matters in the scope of the draft Convention argued that the draft Convention should reflect the common interests of preventing marine

pollution and encouraging emergency towage and salvage. It was explained that failure to recognise and enforce judgments against marine polluters or in favour of emergency towage and salvors could promote the former activities and discourage the latter thereby allowing polluters and others to externalise the costs of their activities.

4 A further justification for including “marine pollution” and “emergency towage and salvage” within the scope of the draft Convention is the lack of existing specialised instruments in respect of emergency towage and salvage,<sup>4</sup> and the limited territorial and substantive scope of the existent specialised instruments regarding maritime pollution.<sup>5</sup>

5 Additionally, the proponents noted that the wider scope of the draft Convention, as compared to the 2005 Choice of Court Convention, could also justify the departure from the wording of the 2005 Convention, despite it being the source of inspiration for the provision in question.

6 Other delegations objected to the deletion of the wording “marine pollution” on the basis that there already are international instruments that facilitate recognition and enforcement of marine pollution-related judgments.

7 Although there was some agreement to delete “emergency towage and salvage” from Article 2(1)(g), it was ultimately concluded that this part of the provision should remain unchanged due to the lack of relevant subject-matter expertise. A further reason for this conclusion was that more information on the international instruments dealing with marine pollution and emergency towage and salvage would be needed in the lead-up to the Twenty-Second HCCH Diplomatic Session.<sup>6</sup>

8 Against this background, this Note intends to examine whether the existing maritime-related international instruments contain provisions regarding recognition and enforcement of foreign maritime-related judgments, and, if so, to consider the scope of their application focusing on “marine pollution” and “emergency towage and salvage” related judgments. Section II will look at the relevant discussions during the negotiations of earlier phases of the Judgments Project, which was launched by the HCCH in 1992 in relation to the international jurisdiction of courts and the recognition and enforcement of their judgments abroad. The section will include the discussion of the 2005 Choice of Court Convention. Section III will then present research findings in international maritime-related instruments that deal with the recognition and enforcement of foreign judgments on matters relating to marine pollution, emergency towage and salvage. Section IV provides recommendations to be considered at the Diplomatic Session. An Annex, that is included at the end of the Note, sets out in a table the recognition and enforcement provisions that exist in the relevant international instruments.

---

<sup>1</sup> See Work. Doc. No 262 REV, Revised draft Convention submitted by the Drafting Committee as of 28 May 2018, distributed on 28 May 2018, see Book 3, p. 318, of this tome.

<sup>2</sup> See “Explanatory Note Providing Background on the Proposed Draft Text and Identifying Outstanding Issues”, drawn up by the Permanent Bureau, Prel. Doc. No 2 of April 2016 for the attention of the Special Commission of June 2016 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (available on the HCCH website at <www.hcch.net>, under the “Judgments” Specialised Section), p. 8.

<sup>3</sup> See Work. Doc. No 190, proposal of the delegation of the United States of America, distributed in October 2017, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2017), see Book 3, p. 213, of this tome.

---

<sup>4</sup> See paras 50, 51, 54 and 68 below.

<sup>5</sup> See Minutes of the Fourth Meeting of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (24-29 May 2018) (available on the Secure Portal of the HCCH website at <www.hcch.net>, under “22<sup>nd</sup> Diplomatic Session”), Minutes No 4, para. 46.

<sup>6</sup> *Ibid.*, paras 47-52; *Aide memoire* of the Chair of the Special Commission of May 2018, see Book 3, p. 337, of this tome, para. 24.

## II DISCUSSIONS AYANT EU LIEU AU COURS DES PREMIÈRES PHASES DU PROJET JUGEMENTS

9 Certaines matières maritimes ont été exclues du champ d'application de tous les textes proposés pour une future Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale depuis les premiers stades du projet Jugements. Par exemple, l'avant-projet de Convention de 1999<sup>7</sup> et le Texte provisoire de 2001<sup>8</sup> ont tous deux exclu de leur champ d'application « les matières maritimes ». Cela s'explique en raison de la nature extrêmement spécialisée du domaine qui présente un ensemble complexe de droit maritime ayant évolué au fil des siècles et par le fait que les États n'ont pas tous adopté les Conventions internationales en la matière. Cette exclusion a pour effet que ces Conventions ne s'appliquent pas aux demandes portant sur les navires, les cargaisons et sur l'emploi de marins, y compris aux demandes résultant de l'état ou du fonctionnement défectueux d'un navire ou d'un contrat portant sur la location ou le transport de marchandises ou de passagers sur un navire<sup>9</sup>. Il convient de noter qu'à l'époque, le projet Jugements visait à élaborer un traité international portant à la fois sur la compétence internationale et sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers, dont la portée a ensuite été limitée pour ne traiter que de cette dernière matière.

10 Les rédacteurs de la Convention Élection de for de 2005 se sont demandé s'il convenait d'abandonner l'expression « les matières maritimes » au motif qu'elle inclut trop de matières qui sont traitées dans d'autres instruments internationaux. Une solution suggérée était de préciser explicitement les matières qu'il était prévu d'exclure<sup>10</sup>. Par conséquent, le libellé « la pollution marine, la limitation de responsabilité pour des demandes en matière maritime, les avaries communes, ainsi que le remorquage et le sauvetage d'urgence » a été adopté à l'article 2(2)(g) de la Convention de 2005 lors de la Vingtième session. En effet, ce libellé excluait les litiges portant sur ces matières du champ d'application de la Convention de 2005. (Il convient de noter que les matières relevant du « transport de passagers et de marchandises » figurent à l'article 2(2)(f) de la Convention de 2005 comme faisant également partie des exclusions.)

11 Selon le Rapport explicatif relatif à la Convention Élection de for de 2005<sup>11</sup>, cinq matières maritimes spécifiques ont été exclues<sup>12</sup> étant donné que l'application des accords d'élection de for à ces matières ne serait pas acceptable pour certains États<sup>13</sup>. Les matières relevant du transport maritime, telles que l'assurance maritime, le remorquage et le sauvetage en dehors des cas d'urgence, la cons-

truction navale, les hypothèques et les privilèges portant sur des navires entrent dans le champ d'application de la Convention de 2005<sup>14</sup>. Le projet révisé actuel de Rapport explicatif relatif au projet de Convention adopte la même explication concernant ces inclusions dans le champ d'application du projet de Convention<sup>15</sup>, étant donné que celui-ci s'inspire de la Convention de 2005.

12 Aucune référence n'a pu être retrouvée dans les documents préparatoires de la Convention Élection de for de 2005 expliquant pourquoi ces matières spécifiques avaient été exclues.

13 Compte tenu de l'importance des changements dans la nature du projet Jugements, des différences entre le projet de Convention et la Convention Élection de for de 2005 dans leurs circonstances et contextes, et de la rareté des considérations spécifiques qui ont conduit à l'exclusion générale actuellement contenue dans le projet de Convention, les résultats passés et le texte de la Convention de 2005 peuvent offrir des orientations limitées pour le présent projet de Convention. Le poids de ces facteurs peut limiter la possibilité de simplement s'appuyer sur le texte précédent, ce qui invite à réfléchir davantage à la question de savoir si « la pollution marine » et « le remorquage et le sauvetage d'urgence » devraient ou non relever du champ d'application du projet de Convention.

## III CONCLUSIONS DES RECHERCHES SUR LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX RELATIFS AU DROIT MARITIME

14 Les exclusions prévues à l'article 2(1)(g) du projet de Convention couvrent différents types de demandes. Ces demandes peuvent être présentées par des particuliers, des entreprises, des gouvernements ou des entités gouvernementales. Les exclusions couvrent les jugements portant sur des dommages corporels tels que par exemple les dommages causés à une ferme ostréicole par la pollution marine. Elles s'appliquent également aux jugements portant sur des pertes économiques tels que les coûts de nettoyage, et même les demandes concernant des sommes qui ne pourraient pas être qualifiées de « perte » comme la valeur d'un navire qui a été sauvé.

15 Un grand nombre de ces matières maritimes sont régies par des traités spécialisés, dont certains contiennent des dispositions relatives à la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Le reste de la présente Note traitera des instruments pertinents pour les questions qui se posent dans le contexte de la pollution marine et du remorquage et du sauvetage d'urgence.

### A Pollution marine

16 En vertu de l'article 1(1)(4) de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* (ci-après, la « CNUDM »)<sup>16</sup>, on entend par pollution du milieu marin (ci-après, la « pollution marine ») « l'introduction directe ou indirecte, par l'homme, de substances ou d'énergie dans le milieu marin, y compris les estuaires, lorsqu'elle a ou peut avoir des effets nuisibles tels que dommages aux ressources biologi-

<sup>7</sup> « Avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, adopté par la Commission spéciale le 30 octobre 1999, et Rapport de Peter Nygh et Fausto Pocar », Doc. pré-l. No 11 d'août 2000, in *Actes et documents de la Vingtième session (2005)*, tome II, *Jugements*, Cambridge – Anvers – Portland, Intersentia, 2013, p. 190 à 312, (ci-après, le « Rapport Nygh/Pocar »), Art. 1(2)(h).

<sup>8</sup> « Résumé des résultats des discussions de la Commission II de la Première Partie de la Conférence Diplomatique, 6-20 juin 2001 – Texte provisoire », préparé par le Bureau Permanent et les co-Rapporteurs à l'intention de la Commission II sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale de la Dix-neuvième session, *ibid.*, p. 620 à 656, Art. 1(2)(h).

<sup>9</sup> Rapport Nygh/Pocar, para. 42.

<sup>10</sup> Voir Procès-verbaux de la réunion de la Commission spéciale de décembre 2003 sur les accords d'élection de for, in *Actes et documents de la Vingtième session (2005)*, tome III, *Élection de for*, Anvers – Oxford – Portland, Intersentia, 2010, Procès-verbal No 1, p. 440 et 441, et Procès-verbaux de la Commission II de la Vingtième session sur l'élection de for (juin 2005), dans *ibid.*, Procès-verbal No 13, p. 654 à 657.

<sup>11</sup> T. Hartley et M. Dogauchi, Rapport explicatif sur la Convention Élection de for de 2005 (ci-après, « Rapport Hartley/Dogauchi »), *ibid.*, p. 784 à 862, à la p. 802, para. 59.

<sup>12</sup> Il s'agit de « la pollution marine, la limitation de responsabilité pour des demandes en matière maritime, les avaries communes, le remorquage d'urgence et le sauvetage d'urgence ».

<sup>13</sup> Voir *ibid.*

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> « Convention sur les jugements : Rapport explicatif préliminaire révisé », établi par Francisco Garcimartin et Geneviève Saumier, Doc. pré-l. No 1 de décembre 2018 à l'attention de la Vingt-deuxième session sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 18 juin au 2 juillet 2019) (ci-après, le « projet révisé de Rapport explicatif »), ci-dessus p. 10 du présent Cahier, para. 49.

<sup>16</sup> La Convention est entrée en vigueur le 16 novembre 1994 et compte 168 Parties contractantes. Elle est disponible sur le site web de l'Organisation des Nations Unies, à l'adresse <www.un.org>.

## II DISCUSSIONS AT THE EARLIER PHASES OF THE JUDGMENTS PROJECT

9 Certain maritime-related matters have been excluded from the scope of all proposed texts for a future Convention on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters since the earlier stages of the Judgments Project. For example, both the 1999 preliminary draft Convention<sup>7</sup> and the 2001 Interim Text<sup>8</sup> excluded “admiralty or maritime matters” from their scope. This was due to the highly specialised nature of the subject, which features a complex body of admiralty and maritime law that has developed over centuries, and the fact that not all States have adopted the relevant international Conventions. The effect of such exclusions is that these Conventions do not apply to claims in relation to ships, cargoes and seamen employment, including claims arising out of defective condition or operation of a ship, a contract for the hire of a ship, or carriage of goods or passengers on a ship.<sup>9</sup> It should be noted that at that stage, the Judgments Project aimed to develop an international treaty dealing with both international jurisdiction and recognition and enforcement of foreign judgments, the scope of which was later reduced to only dealing with the latter subject-matter.

10 The drafters of the 2005 Choice of Court Convention discussed whether the term “admiralty or maritime matters” should be abandoned on the basis that it is over-inclusive in incorporating matters that are dealt with by other international instruments. A suggested solution was to explicitly specify the matters that were intended to be excluded.<sup>10</sup> As a result, the wording “marine pollution, limitation of liability for maritime claims, general average, and emergency towage and salvage” was adopted in Article 2(2)(g) of the 2005 Convention during the Twentieth Session. In effect, this wording excluded disputes relating to such matters from the scope of the 2005 Convention. (It should be noted that matters involving “the carriage of passengers and goods” are also listed as excluded in Article 2(2)(f) of the 2005 Convention.)

11 According to the Explanatory Report on the 2005 Choice of Court Convention,<sup>11</sup> five specific maritime matters were excluded,<sup>12</sup> since application of choice of court agreements to such matters would not be acceptable for some States.<sup>13</sup> Shipping-related matters, such as marine insurance, non-emergency towage and salvage, shipbuilding,

ship mortgages and liens, are included in the scope of the 2005 Convention.<sup>14</sup> The current revised draft Explanatory Report to the draft Convention adopts the same explanation regarding such inclusions in the scope of the draft Convention,<sup>15</sup> given that it was modelled on the 2005 Convention.

12 No record could be traced in the preparatory documents for the 2005 Choice of Court Convention explaining why those specific matters were excluded.

13 Considering the significance of changes in the nature of the Judgments Project, the differences between the draft Convention and the 2005 Choice of Court Convention in their circumstances and contexts, and the paucity of specific record of considerations that have led to the blanket exclusion currently contained in the draft Convention, past results and the text of the 2005 Convention may offer limited guidance for the current draft Convention. The weight of these factors may diminish the desirability of simply relying on the previous text, thereby inviting further reflection on whether or not “marine pollution” and “emergency towage and salvage” should fall within the scope of the draft Convention.

## III RESEARCH FINDINGS ON INTERNATIONAL MARITIME-RELATED INSTRUMENTS

14 The exclusions in Article 2(1)(g) of the draft Convention capture various types of claims. These claims might be brought by individuals, businesses, governments or government entities. The exclusions capture judgments in respect of physical damage, such as, for example, damage to an oyster farm caused by marine pollution. They also apply to judgments in respect of economic loss, such as clean-up costs, and even to claims for sums which might not be characterised as “loss”, such as the value of a salvaged ship.

15 Many of these maritime-related matters are regulated by specialised treaties, some of which contain provisions on the recognition and enforcement of foreign judgments. The remainder of this Note will discuss such instruments that are relevant to the issues arising in the context of marine pollution and emergency towage and salvage.

### A Marine pollution

16 According to Article 1(1)(4) of the *United Nations Convention on the Law of the Sea* (hereinafter, “UNCLOS”),<sup>16</sup> pollution of the marine environment (hereinafter, “marine pollution”) refers to “the introduction by man, directly or indirectly, of substances or energy into the marine environment, including estuaries, which results or is likely to result in such deleterious effects as harm to living resources

<sup>7</sup> “Preliminary draft Convention on jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters, adopted by the Special Commission on 30 October 1999, and Report by Peter Nygh and Fausto Pocar”, Prel. Doc. No 11 of August 2000, in *Proceedings of the Twentieth Session (2005)*, Tome II, *Judgments*, Cambridge – Antwerp – Portland, Intersentia, 2013, pp. 191-313 (hereinafter, “Nygh/Pocar Report”), Art. 1(2)(h).

<sup>8</sup> “Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II of the First Part of the Diplomatic Conference, 6-20 June 2001 – Interim Text”, prepared by the Permanent Bureau and the co-Reporters for the attention of Commission II on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters of the Nineteenth Session, *ibid.*, pp. 621-657, Art. 1(2)(h).

<sup>9</sup> Nygh/Pocar Report, para. 42.

<sup>10</sup> See Minutes of the Meeting of the Special Commission of December 2003 on Choice of Court Agreements, in *Proceedings of the Twentieth Session (2005)*, Tome III, *Choice of Court*, Antwerp – Oxford – Portland, Intersentia, 2010, Minutes No 1, at pp. 440-441, and Minutes of Commission II of the Twentieth Session on Choice of Court (June 2005), in *ibid.*, Minutes No 13, pp. 654-657.

<sup>11</sup> T. Hartley and M. Dogauchi, Explanatory Report on the 2005 Choice of Court Convention (hereinafter, “Hartley/Dogauchi Report”), *ibid.*, pp. 785-863, at p. 803, para. 59.

<sup>12</sup> Being “marine pollution; limitation of liability for maritime claims; general average; emergency towage; and emergency salvage”.

<sup>13</sup> See *ibid.*

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> “Judgments Convention: Revised Draft Explanatory Report”, drawn up by Francisco Garcimartín and Geneviève Saumier, Prel. Doc. No 1 of December 2018 for the attention of the Twenty-Second Session on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (18 June – 2 July 2019) (hereinafter, “Revised draft Explanatory Report”), *supra* p. 11 of this Book, para. 49.

<sup>16</sup> The Convention entered into force on 16 November 1994 and has 168 Contracting Parties. It is available on the United Nations website, at <[www.un.org](http://www.un.org)>.

ques et à la faune et la flore marines, risques pour la santé de l'homme, entrave aux activités maritimes, y compris la pêche et les autres utilisations légitimes de la mer, altération de la qualité de l'eau de mer du point de vue de son utilisation et dégradation des valeurs d'agrément ».

17 La pollution marine peut émaner de diverses sources. Il y a 30 ans, le Groupe mixte d'experts chargé d'étudier les aspects scientifiques de la protection du milieu marin (ci-après, le « GESAMP ») a estimé de façon très indicative les proportions de la pollution due à l'homme dans l'environnement marin<sup>17</sup>. Ce Groupe a estimé que les rejets terrestres représentaient 44 %, la pollution d'origine atmosphérique un tiers, la pollution par les navires seulement 12 % et la pollution par immersion 10 %<sup>18</sup>. Ces pourcentages ont sans aucun doute changé depuis lors<sup>19</sup>, mais il n'en reste pas moins que la majeure partie de la pollution marine est le résultat de la pollution d'origine tellurique et atmosphérique plutôt que de la pollution par les navires<sup>20</sup>.

18 La pollution marine touche et implique une multitude d'acteurs. Les acteurs privés, tels que les pêcheurs, peuvent subir des pertes à la suite de la pollution du milieu marin ; les gouvernements et autres organismes publics peuvent être chargés de nettoyer et d'assumer les externalités de la pollution causée par d'autres acteurs privés. La pollution marine fait donc l'objet de litiges privés et d'une régulation publique. Le rapport entre cette question et la discipline du droit international privé est complexe. La pollution marine est régie par des instruments de droit international public, y compris des traités régionaux<sup>21</sup>, le droit de la mer, les principes du droit maritime (qui ne sont pas nécessairement uniformes entre les États et territoires), et le droit international de l'environnement, entre autres.

19 Les articles 207 à 212 de la CNUDM classifient la pollution marine en six sources : la pollution d'origine tellurique, la pollution résultant des activités relatives aux fonds marins relevant de la juridiction nationale, la pollution résultant d'activités menées dans la « Zone », la pollution par immersion, la pollution par les navires et la pollution d'origine atmosphérique ou transatmosphérique. Ces catégories sont examinées ci-après.

20 Il convient de noter que la CNUDM impose aux États de faire appliquer les lois nationales en ce qui concerne ces catégories de pollution marine. Lorsque cette exécution implique des procédures judiciaires internes, les jugements découlant de ces procédures peuvent impliquer l'application de lois pénales étrangères et peuvent être exclus en ce qui concerne les dommages et intérêts exemplaires et punitifs prévus à l'article 10 du projet de Convention.

<sup>17</sup> Voir D.R. Rothwell et T. Stephens, *The International Law of the Sea*, 2<sup>e</sup> éd., Bloomsbury, Bloomsbury Publishing Plc, 2016, 366.

<sup>18</sup> OMI/FAO/UNESCO-COI/OMM/ÔMS/AIEA/ONU/PNUe Groupe mixte d'experts chargé d'étudier les aspects scientifiques de la protection du milieu marin (GESAMP), *The state of the marine environment*, Oxford, Blackwell Scientific Publication, 1990, p. 88.

<sup>19</sup> « La pollution causée par les navires représente 12 % de la pollution marine totale, la pollution terrestre et atmosphérique 77 %, l'immersion en mer 10 % et la production en mer 1 % (rapport du GESAMP No 39, p. 88) » [traduction du Bureau Permanent], in E.J. Molenaar, *Coastal State Jurisdiction over Vessel-Source Pollution*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, p. 18, No 12, cité dans D. Freestone, « The Impact of Human Uses on the Marine Environment Beyond National Jurisdiction », dans *Protecting the Oceans Beyond National Jurisdiction*, Leyde, Brill, 2009, 1, 17 No 137.

<sup>20</sup> *Les océans et le droit de la mer*, Rapport du Secrétaire général, UN Doc A/64/66/Add.1 (2009) [225] ; D.R. Rothwell et T. Stephens (op. cit. note 17), p. 366. Voir également : Nations Unies, Division des affaires maritimes et du droit de la mer, Groupe d'experts du Mécanisme de notification et d'évaluation systématiques, Première évaluation mondiale intégrée du milieu marin – Évaluation de l'océan mondial I (2016), disponible (en anglais uniquement) sur le site web de l'ONU, à l'adresse <www.un.org>.

<sup>21</sup> Voir, plus généralement, Organisation maritime internationale, Liste des Conventions de l'OMI (2019), disponible sur le site web de l'OMI, à l'adresse <www.imo.org>.

21 Un nouvel instrument juridiquement contraignant sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà de la juridiction nationale est en cours d'élaboration par le Comité préparatoire de la Division des affaires maritimes et du droit de la mer de l'ONU<sup>22</sup>. Bien que quelques éléments du projet de texte de cet instrument soient liés à la pollution<sup>23</sup>, le texte n'a pas encore été finalisé, ce qui signifie qu'il n'est pas encore clair s'il aurait ou non des implications ou des dispositions explicites sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers.

#### i Pollution marine : Pollution d'origine tellurique

22 Selon les *Lignes directrices de Montréal pour la protection du milieu marin contre la pollution d'origine tellurique* (1985)<sup>24</sup> (ci-après, les « Lignes directrices de Montréal »), dans ce contexte, « d'origine tellurique » signifie « i) [...] de sources urbaines, industrielles ou agricoles, fixes et mobiles, terrestres, ayant notamment pour origine : a. [l]es côtes et notamment des points de déversement en contact direct avec le milieu marin, et le ruissellement, b. [l]es fleuves, les canaux et autres cours d'eau, y compris les cours d'eau souterrains, c. [l]'atmosphère. ii) des sources de pollution marine résultant d'activités exercées sur des installations fixes ou mobiles 'off-shore' dans les limites de la juridiction nationale, sauf dans la mesure où ces sources sont régies par des accords internationaux. »<sup>25</sup>

23 La pollution marine d'origine tellurique représente une part importante de la pollution marine et celle-ci présente également des risques importants pour les écosystèmes marins et la santé humaine en raison de sa proximité des côtes<sup>26</sup>. Mais cette pollution s'est avérée difficile à réglementer sur le plan international<sup>27</sup>. Cela peut s'expliquer par le fait qu'elle obligerait les États à réglementer les activités industrielles et agricoles sur leur propre territoire (cf. autres formes de pollution marine)<sup>28</sup>. Par conséquent, la réglementation de la pollution marine d'origine tellurique est largement laissée aux États côtiers, qui ont des approches différentes de la question<sup>29</sup>.

24 La pollution marine d'origine tellurique est soumise à la fois à des règles contraignantes et non contraignantes<sup>30</sup>. L'instrument juridique contraignant le plus important au niveau international est la CNUDM<sup>31</sup>.

<sup>22</sup> Assemblée générale des Nations Unies, résolution 69/292 adoptée par l'Assemblée générale le 19 juin 2015, disponible sur le site web de l'ONU « Système de diffusion électronique des documents », à l'adresse <documents.un.org>.

<sup>23</sup> Voir par ex. le Comité préparatoire, « Chair's streamlined non-paper on elements of a draft text of an international legally-binding instrument under UNCLOS », Quatrième session de la Commission préparatoire, du 10 au 21 juillet 2017, « [o]bligation de ne pas remplacer un type de pollution par un autre ou de ne pas transférer des dommages ou risques » et « [p]rincipe pollueur-payeur ».

<sup>24</sup> Voir Programme des Nations Unies pour l'environnement, « Protection du milieu marin contre la pollution d'origine tellurique », *Politiques et droit de l'environnement No 77*, 1985, 14.

<sup>25</sup> Lignes directrices de Montréal, para. 1(b).

<sup>26</sup> Y. Tanaka, « Regulation of Land-Based Marine Pollution in International Law: A Comparative Analysis Between Global and Regional Legal Frameworks », *Journal of Comparative Public Law and International Law*, 2006, 66, p. 536.

<sup>27</sup> M.W.D. White, *Australasian Marine Pollution Laws*, 2e éd., Leichhardt (NSW), Federation Press, 2007, p. 12.

<sup>28</sup> D.R. Rothwell et T. Stephens (op. cit. note 17), p. 407.

<sup>29</sup> D.L. VanderZwaag et A. Powers, « The Protection of the Marine Environment from Land-Based Pollution and Activities: Gauging the Tides of Global and Regional Governance », *Marine and Coastal Law*, 2008, 23, p. 424.

<sup>30</sup> E.A. Kirk, « Noncompliance and the Development of Regimes Addressing Marine Pollution from Land-Based Activities », *Ocean Development & International Law*, 2008, 39(3), p. 236.

<sup>31</sup> D'autres instruments, tels que la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, peuvent également traiter indirectement de la pollution marine d'origine tellurique ; voir D.L. VanderZwaag et A. Powers (op. cit. note 29), p. 424 à 427.

and marine life, hazards to human health, hindrance to marine activities, including fishing and other legitimate uses of the sea, impairment of quality for use of sea water and reduction of amenities”.

17 Marine pollution may be traced to a variety of sources. Thirty years ago the Joint Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Environmental Protection (hereinafter, “GESAMP”) produced a rough estimate of the relative contributions of human-caused pollution into the marine environment.<sup>17</sup> It estimated that land-based discharges accounted for 44%; atmospheric sources accounted for a third; vessel pollution was just 12%; and dumping was 10%.<sup>18</sup> These figures have undoubtedly changed since then,<sup>19</sup> but it remains the case that the majority of marine pollution is a result of land-based and atmospheric pollution rather than ship-sourced pollution.<sup>20</sup>

18 Marine pollution affects and implicates a variety of actors. Private actors, like fishermen, may suffer loss as a consequence of pollution of the marine environment; governments and other public bodies may be tasked with cleaning up and shouldering the externalities of pollution caused by private actors. Marine pollution is thus the subject of private disputes and public regulation. The relationship between this subject matter and the discipline of private international law is complex. Marine pollution is subject to public international law instruments, including regional treaties,<sup>21</sup> the law of the sea, maritime law principles, which are not necessarily uniform between jurisdictions, and international environmental law, among other things.

19 Articles 207 to 212 of the UNCLOS taxonomise marine pollution into six sources: pollution from land-based sources, pollution from seabed activities subject to national jurisdiction, pollution from activities in the “Area”, pollution by dumping, pollution from vessels and pollution from or through the atmosphere. These categories are considered in turn below.

20 Note that the UNCLOS imposes obligations on States to enforce national laws in respect of these categories of marine pollution. Where that enforcement involves domestic legal proceedings, judgments flowing from such proceedings may involve application of foreign penal laws and may be subject to the exclusion in respect of exemplary and punitive damages in Article 10 of the draft Convention.

21 A new legally-binding instrument is currently being developed on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction by the Preparatory Committee of the UN Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea.<sup>22</sup> Although a few elements of the draft text of this instrument are related to pollution,<sup>23</sup> the text has not yet been finalised meaning that it remains unclear whether or not it would have any implications on or explicit provisions on the recognition and enforcement of foreign judgments.

#### i Marine pollution: Pollution from land-based sources

22 According to the *Montreal Guidelines for the Protection of the Marine Environment Against Pollution from Land-Based Sources* (1985)<sup>24</sup> (hereinafter, “Montreal Guidelines”), in this context “land-based sources” means “(i) Municipal, industrial or agricultural sources, both fixed and mobile, on land, discharges from which reach the marine environment, in particular: From the coast, including from outfalls discharging directly into the marine environment and through run-off; Through rivers, canals or other water-courses, including underground water-courses; and via the atmosphere. (ii) Sources of marine pollution from activities conducted on offshore fixed or mobile facilities within the limits of national jurisdiction, save to the extent that these sources are governed by appropriate international agreements.”<sup>25</sup>

23 Marine pollution from land-based sources represents a significant portion of all marine pollution, and also poses significant risks to both marine ecosystems and human health by virtue of its proximity to coastlines.<sup>26</sup> But such pollution has proven difficult to regulate at the international level.<sup>27</sup> This may be due to the fact that it would require States to regulate industrial and agricultural activities within their own territories, *cf.* other forms of marine pollution.<sup>28</sup> Consequently, regulation of marine pollution from land-based sources is left largely in the hands of coastal States, which take differing approaches to the issue.<sup>29</sup>

24 Marine pollution from land-based sources is subject to both hard and soft law.<sup>30</sup> The most significant hard law instrument at the international level is the UNCLOS.<sup>31</sup>

<sup>17</sup> Considered in D.R. Rothwell and T. Stephens, *The International Law of the Sea*, 2nd ed., Bloomsbury, Bloomsbury Publishing Plc, 2016, 366.

<sup>18</sup> IMO/FAO/UNESCO-IOC/WMO/WHO/IAEA/UN/UNEP Joint Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Environmental Protection (GESAMP), *The state of the marine environment*, Oxford, Blackwell Scientific Publication, 1990, 88.

<sup>19</sup> “Vessel-source pollution accounts for 12% of all marine pollution, land based and atmospheric for 77%, ocean dumping for 10% and offshore production for 1% (GESAMP Report No 39, p. 88)”, in E.J. Molenaar, *Coastal State Jurisdiction over Vessel-Source Pollution*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, p. 18, No 12, quoted in D. Freestone, “The Impact of Human Uses on the Marine Environment Beyond National Jurisdiction”, in *Protecting the Oceans Beyond National Jurisdiction*, Leiden, Brill, 2009, 1, 17 No 137.

<sup>20</sup> *Oceans and the law of the sea*, Report of the Secretary General, UN Doc A/64/66/Add.1 (2009) [225]; D.R. Rothwell and T. Stephens (*op. cit.* note 17), 366. See further: United Nations, Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, Group of Experts of the Regular Process, *The First Global Integrated Marine Assessment – World Ocean Assessment 1* (2016), available on the UN website, at <www.un.org>.

<sup>21</sup> See, generally, International Maritime Organization, List of IMO Conventions (2019), available on the IMO website, at <www.imo.org>.

<sup>22</sup> UN General Assembly, resolution 69/292 adopted by the General Assembly on 19 June 2015, available on the “Official Document System” website of the UN, at <documents.un.org>.

<sup>23</sup> See for example The Preparatory Committee, “Chair’s streamlined non-paper on elements of a draft text of an international legally-binding instrument under UNCLOS”, Fourth Session of the Prep Com, 10-21 July 2017, “[d]uty not to transform one type of pollution into another or not to transfer damage or hazards” and “[p]olluter-pays principle”.

<sup>24</sup> See United Nations Environment Programme, “Protection of the Marine Environment Against Pollution from Land-Based Sources”, (1985) 14 *Environmental Policy and Law* 77.

<sup>25</sup> Montreal Guidelines, para. 1(b).

<sup>26</sup> Y. Tanaka, “Regulation of Land-Based Marine Pollution in International Law: A Comparative Analysis Between Global and Regional Legal Frameworks”, (2006) 66 *Journal of Comparative Public Law and International Law* 535, 536.

<sup>27</sup> M.W.D. White, *Australasian Marine Pollution Laws*, 2nd ed., Leichhardt (NSW), Federation Press, 2007, p. 12.

<sup>28</sup> D.R. Rothwell and T. Stephens (*op. cit.* note 17), p. 407.

<sup>29</sup> D.L. VanderZwaag and A. Powers, “The Protection of the Marine Environment from Land-Based Pollution and Activities: Gauging the Tides of Global and Regional Governance”, (2008) 23 *Marine and Coastal Law* 423, 424.

<sup>30</sup> E.A. Kirk, “Noncompliance and the Development of Regimes Addressing Marine Pollution from Land-Based Activities”, (2008) 39(3) *Ocean Development & International Law* 235, 236.

<sup>31</sup> Other instruments, such as the UN Framework Convention on Climate Change, may also deal with marine pollution from land-based sources indirectly; see D.L. VanderZwaag and A. Powers (*op. cit.* note 29), pp. 424-427.

25 L'article 207(1) de la CNUDM dispose que les États adoptent des lois et règlements pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin d'origine tellurique. Cette obligation est complétée par l'article 213, qui impose aux États d'appliquer leurs lois en matière de pollution d'origine tellurique. Ces obligations doivent être lues conjointement avec l'article 207(4), qui dispose que les États doivent développer leur législation « en tenant compte des particularités régionales, de la capacité économique des États en développement et des exigences de leur développement économique ». Les mauvais résultats économiques des États et les niveaux de pauvreté des populations, ainsi que les modes de population et de consommation, sont des facteurs qui peuvent contribuer à la pollution marine d'origine tellurique<sup>32</sup>.

26 Comme il ressort de la définition donnée dans les Lignes directrices de Montréal, la pollution marine d'origine atmosphérique ou transatmosphérique peut également provenir de la terre ; toutefois, la pollution marine d'origine atmosphérique est couverte par l'article 212(1) de la CNUDM. Celle-ci est examinée plus en détail ci-après.

27 En ce qui concerne les instruments juridiques non contraignants, le *Programme d'action mondial pour la protection du milieu marin contre la pollution due aux activités terrestres* (1995) a été adopté par plus de 108 gouvernements. En 2006, par le biais de la « Déclaration de Beijing sur la poursuite de la mise en œuvre du Programme d'action mondial pour la protection du milieu marin contre la pollution due aux activités terrestres », les représentants de 104 gouvernements et de la Commission européenne ont renouvelé leur engagement en faveur du « Programme d'action mondial en tant qu'outil souple et efficace pour le développement durable des océans, des zones côtières et des îles »<sup>33</sup>. La gestion des nutriments, les déchets marins et les eaux usées ont récemment été considérés comme des catégories de sources prioritaires à traiter dans le cadre du Programme d'action mondial<sup>34</sup>.

28 Le résultat de ces instruments juridiques contraignants et non contraignants est la promulgation de lois nationales traitant de la pollution marine d'origine tellurique<sup>35</sup>. Certaines de ces lois peuvent engager la responsabilité civile ou aborder d'une autre manière la responsabilité civile<sup>36</sup>. Lorsque la pollution marine d'origine tellurique cause des dommages dans une affaire comportant un élément d'extranéité, le champ d'application de l'une de ces lois peut poser de graves problèmes de droit international privé et d'interprétation législative<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> Rapports et études du GESAMP, *Protection des océans contre les activités telluriques. Sources et activités telluriques affectant la qualité et les utilisations du milieu marin côtier et du milieu d'eau douce associé*, OMI/FAO/UNESCO-COI/OMM/OMM/OMS/AIEA/UN/PNU, 2001, p. 1.

<sup>33</sup> Programme des Nations Unies pour l'environnement, « Rapport de la deuxième session de la Réunion intergouvernementale chargée d'examiner la mise en œuvre du Programme d'action mondial pour la protection du milieu marin contre la pollution due aux activités terrestres », UNEP/GPA/IGR.2/7, 27, annexe V, disponible sur le site web « Document Repository » du PNU, à l'adresse <wdocs.unep.org>.

<sup>34</sup> Programme d'action mondial pour la protection du milieu marin contre la pollution due aux activités terrestres, disponible (en anglais uniquement) sur le site web du PNU, à l'adresse <unep.org>.

<sup>35</sup> Voir par ex. Natural Resource Management Ministerial Council, Programme d'action national australien pour la protection du milieu marin contre la pollution due aux activités terrestres (2006), disponible (en anglais uniquement) sur le site web du Gouvernement australien « Department of Climate Change, Energy, the Environment and Water », à l'adresse <deceew.gov.au>.

<sup>36</sup> Par ex. *Loi de 1997 sur la protection de l'environnement*, art. 167 à 170.

<sup>37</sup> Voir M. Keyes, « Statutes, Choice of Law, and the Role of Forum Choice », *Journal of Private International Law*, 2008, 4, p. 1 ; M. Douglas, « Choice of Law in the Age of Statutes: A Defence of Statutory Interpretation after Valve », dans M. Douglas, V. Bath, M. Keyes et A. Dickinson (dir. pub.), *Commercial Issues in Private International Law – A Common Law Perspective*, Londres, Hart, 2019.

ii *Pollution marine : Pollution résultant des activités relatives aux fonds marins relevant de la juridiction nationale*

29 La « pollution résultant des activités relatives aux fonds marins » implique l'exploration et l'exploitation des ressources des fonds marins (par ex. les hydrocarbures) qui entraînent le rejet intentionnel ou accidentel de polluants<sup>38</sup>. Elle comprend le rejet de produits chimiques utilisés dans les forages, le rejet d'eau des plates-formes pétrolières et les émissions dues au brûlage de l'excès de gaz<sup>39</sup>. L'exploitation minière des fonds marins (y compris l'exploration et l'extraction) est l'activité la plus susceptible de donner lieu à ce type de pollution marine<sup>40</sup>.

30 L'article 208(1) de la CNUDM dispose que « [I]es États côtiers adoptent des lois et règlements afin de prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin qui résulte directement ou indirectement d'activités relatives aux fonds marins et relevant de leur juridiction ou qui provient d'îles artificielles, d'installations et d'ouvrages relevant de leur juridiction [...] ». Ces États ont l'obligation de faire appliquer ces lois (art. 213) et de veiller à ce que des recours soient disponibles pour obtenir réparation des dommages causés par cette pollution marine (art. 235(2)).

31 Les instruments internationaux relatifs aux navires, tels que la *Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires* (ci-après, la « Convention MARPOL »), peuvent également s'appliquer à la pollution des fonds marins dans la mesure où les installations pétrolières et gazières offshore relèvent de la définition de « navire »<sup>41</sup>. Il convient toutefois de noter que l'article 2(3)(b)(ii) de la Convention MARPOL exclut les rejets de substances nocives provenant de l'exploration, de l'exploitation et du traitement des ressources minérales des fonds marins de la définition du « rejet ».

32 Au niveau régional, la *Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est* de 1992 (ci-après, la « Convention OSPAR ») concerne la mer du Nord et l'Atlantique du nord-est<sup>42</sup>. La zone couverte est importante pour l'exploitation pétrolière et gazière. La Convention présente donc un intérêt évident pour la pollution des fonds marins. L'article 3(1) de l'annexe III de la Convention OSPAR interdit l'immersion à partir d'installations offshore. L'article 7 de l'annexe III impose aux États parties de prendre les mesures appropriées « en vue de prévenir et de supprimer la pollution résultant de l'abandon dans la zone maritime d'installations offshore à la suite d'accidents ».

33 L'analyse qui précède montre que la pollution marine causée par les activités des fonds marins, tout comme la pollution d'origine tellurique, reste soumise à une réglementation essentiellement nationale. Bien qu'il existe des instruments internationaux traitant des activités liées aux fonds marins, aucun de ces règlements ne contient de dispositions explicites en matière de reconnaissance et d'exécution, laissant la question de la reconnaissance et de l'exé-

<sup>38</sup> Il pourrait aussi capter le bruit sous-marin ; voir K.N. Scott, « International Regulation of Undersea Noise », *International & Comparative Law Quarterly*, 2004, 53, p. 287.

<sup>39</sup> D.R. Rothwell et T. Stephens (*op. cit.* note 17), p. 399 et 400.

<sup>40</sup> Voir plus généralement E.D. Brown, « Pollution from Seabed Mining: Legal Safeguards », *Environmental Policy and Law*, 1983, 10(4), p. 122.

<sup>41</sup> Voir la définition de « navire » à l'art. 2(4) de la Convention MARPOL qui dispose : « un bâtiment exploité en milieu marin de quelque type que ce soit et englobe [...] les engins flottants et les plates-formes fixes ou flottantes » ; cf. C. Brown, « International environmental law in the regulation of offshore installations and seabed activities: the case for a South Pacific regional protocol », *Australian Mining and Petroleum Law Journal*, 1998, 17, p. 113 et 114, 121 et 122.

<sup>42</sup> Voir la définition de « zone maritime » que la Convention OSPAR évoque principalement à l'art. 1(a) de la Convention ; cf. D.R. Rothwell et T. Stephens (*op. cit.* note 17), p. 401.



25 Article 207(1) of the UNCLOS provides that States shall adopt laws and regulations to prevent, reduce and control pollution of the marine environment from land-based sources. That obligation is supplemented by Article 213, which requires States to enforce their laws with respect to pollution from land-based sources. These obligations should be read subject to Article 207(4), which provides that States should develop their laws “taking into account characteristic regional features, the economic capacity of developing States and their need for economic development”. States’ poor economic performance and the poverty levels of populations, together with population and consumption patterns, are factors which may contribute to marine pollution from land-based sources.<sup>32</sup>

26 As the Montreal Guidelines’ definition illustrates, marine pollution from or through the atmosphere may also be sourced from the land; however, atmospheric marine pollution is covered by Article 212(1) of the UNCLOS. It is considered further below.

27 In terms of soft law, the *Global Programme of Action for the Protection of the Marine Environment from Land-based Activities* (1995) was adopted by over 108 governments. In 2006, through the “Beijing Declaration on furthering the implementation of the Global Programme of Action for the Protection of the Marine Environment from Land-based Activities”, representatives of 104 governments and the European Commission recommitted to the “Global Programme of Action as a flexible and effective tool for the sustainable development of oceans, coasts and islands”.<sup>33</sup> Nutrients management, marine litter and wastewater have been recently highlighted as priority source categories to address through the Global Programme of Action.<sup>34</sup>

28 The result of these hard and soft law instruments is the promulgation of national laws dealing with land-sourced marine pollution.<sup>35</sup> Some of those laws may impose civil liability, or otherwise deal with civil liability.<sup>36</sup> Where land-sourced marine pollution causes damage in a case with a foreign element, the scope of application of one of these statutes may present acute problems of private international law and statutory interpretation.<sup>37</sup>

ii *Marine pollution: Pollution from seabed activities subject to national jurisdiction*

29 “Seabed pollution” involves exploring and exploiting resources of the seabed (e.g., hydrocarbons) which lead to the intentional or accidental release of pollutants.<sup>38</sup> It includes the release of chemicals used in drilling, the discharge of water from oil platforms, and emissions by the flaring of excess gas.<sup>39</sup> Seabed mining – including exploration and extraction – is the activity most likely to give rise to this kind of marine pollution.<sup>40</sup>

30 Article 208(1) of the UNCLOS provides that “[c]oastal States shall adopt laws and regulations to prevent, reduce and control pollution of the marine environment arising from or in connection with seabed activities subject to their jurisdiction and from artificial islands, installations and structures under their jurisdiction [...]”. These States have an obligation to enforce such laws (Art. 213), and to ensure that recourse is available for compensation in respect of damage caused by such marine pollution (Art. 235(2)).

31 International instruments relevant to vessels, such as the *International Convention for the Prevention of Pollution from Ships* (hereinafter, “MARPOL”), may also be relevant to seabed pollution because offshore oil and gas installations fall under the definition of “ships”.<sup>41</sup> Note, however, that Article 2(3)(b)(ii) of the MARPOL excludes release of harmful substances from exploration, exploitation and associated offshore processing of seabed mineral resources from the definition of “discharge”.

32 At a regional level, the 1992 *Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic* (hereinafter, “OSPAR Convention”) affects the North Sea and the North-East Atlantic.<sup>42</sup> The covered area is significant for oil and gas exploitation; the Convention thus has obvious relevance to seabed pollution. Article 3(1) of Annex III of the OSPAR Convention prohibits dumping from offshore installations. Article 7 of Annex III imposes an obligation on State Parties to take appropriate measures “to prevent and eliminate pollution resulting from the abandonment of offshore installations in the maritime area caused by accidents”.

33 The preceding discussion demonstrates that marine pollution from sea-bed activities, just like that caused by land-based sources, remains subject to primarily domestic regulation. Although international instruments dealing with sea-bed activities do exist, none of these regulations contain explicit recognition and enforcement provisions, leaving the matter of recognition and enforcement of judgments

<sup>32</sup> GESAMP Reports and Studies, *Protecting the Oceans from Land-based Activities. Land-based sources and activities affecting the quality and uses of the marine coastal and associated freshwater environment*, IMO/FAO/UNESCO-IOC/WMO/WHO/IAEA/UN/UNEP, 2001, p. 1.

<sup>33</sup> United Nations Environment Programme, “Report of the second session of the Intergovernmental Review Meeting on the Implementation of the Global Programme of Action for the Protection of the Marine Environment from Land-based Activities”, UNEP/GPA/IGR.2/7, 25, Annex V, available on UNEP’s “Document Repository” website, at <wedocs.unep.org>.

<sup>34</sup> Global Programme of Action for the Protection of the Marine Environment from Land-based Activities, available on the UNEP website, at <unep.org>.

<sup>35</sup> See, e.g., Natural Resource Management Ministerial Council, Australia’s National Programme of Action for the Protection of the Marine Environment from Land-Based Activities (2006), available on the Australian Government’s “Department of Climate Change, Energy, the Environment and Water” website, at <dcceew.gov.au>.

<sup>36</sup> E.g., *Protection of the Environment Operations Act 1997* (NSW), ss 167-170.

<sup>37</sup> See M. Keyes, “Statutes, Choice of Law, and the Role of Forum Choice”, (2008) 4 *Journal of Private International Law* 1; M. Douglas, “Choice of Law in the Age of Statutes: A Defence of Statutory Interpretation after Valve”, in M. Douglas, V. Bath, M. Keyes and A. Dickinson (eds.), *Commercial Issues in Private International Law – A Common Law Perspective*, London, Hart, 2019.

<sup>38</sup> It might also capture undersea noise; see K.N. Scott, “International Regulation of Undersea Noise”, (2004) 53 *International & Comparative Law Quarterly* 287.

<sup>39</sup> D.R. Rothwell and T. Stephens (op. cit. note 17), pp. 399-400.

<sup>40</sup> See generally E.D. Brown, “Pollution from Seabed Mining: Legal Safeguards”, (1983) 10(4) *Environmental Policy and Law* 122.

<sup>41</sup> See definition of “Ships” in Art. 2(4) of the MARPOL that reads “a vessel of any type whatsoever operating in the marine environment and includes [...] floating craft and fixed or floating platforms”; cf. C. Brown, “International environmental law in the regulation of offshore installations and seabed activities: the case for a South Pacific regional protocol”, (1998) 17 *Australian Mining and Petroleum Law Journal* 109, pp. 113-4, 121-2.

<sup>42</sup> See definition of “maritime area” that the OSPAR Convention primarily concerns in Art. 1(a) of the Convention; cf. D.R. Rothwell and T. Stephens (op. cit. note 17), p. 401.

cution des jugements portant sur la pollution des fonds marins par des activités liées aux fonds marins hors du champ d'application de leurs dispositions et largement non réglementée à l'échelle mondiale.

iii *Pollution marine : Pollution résultant d'activités menées dans la Zone*

34 L'article 1(1)(1) de la CNUDM définit la « Zone » comme « les fonds marins et leur sous-sol au-delà des limites de la juridiction nationale ». Étant donné que la « Zone » peut être entendue de manière générale comme le sous-sol sous-marin sous la « haute mer », la réglementation internationale relative à la haute mer peut également affecter la Zone<sup>43</sup>.

35 L'article 209(1) de la CNUDM dispose que « [l]es règles, règlements et procédures internationaux sont adoptés [...] pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin résultant d'activités menées dans la Zone », tandis que l'article 209(2) exige que les États adoptent des lois pour prévenir la pollution marine par des navires ou à partir d'installations battant leur pavillon ou relevant de leur autorité.

36 La partie XI de la CNUDM concerne la Zone de façon générale. L'article 139(1) de cette partie impose aux États de veiller à ce que les activités menées dans la Zone (que ce soit par les États ou par des personnes morales possédant leur nationalité ou effectivement contrôlées par eux) le soient conformément à la partie XI. L'article 139(2) dispose que les dommages causés par le manquement d'un État aux obligations qui lui incombent en vertu de la partie XI entraînent sa responsabilité.

iv *Pollution marine : Pollution par immersion*

37 L'article 1(5)(a) de la CNUDM définit l'« immersion » comme « tout déversement délibéré de déchets ou autres matières, à partir de navires, aéronefs, plates-formes ou autres ouvrages placés en mer ». Cela comprend l'élimination des navires et des installations, comme les plates-formes pétrolières<sup>44</sup>. En revanche, l'article III 1(a) de la *Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et d'autres matières* (ci-après, la « Convention de Londres de 1972 ») définit l'« immersion » comme « tout rejet délibéré dans la mer de déchets et autres matières à partir de navires, aéronefs, plates-formes ou autres ouvrages placés en mer » et « tout sabordage en mer de navires, aéronefs, plates-formes ou autres ouvrages placés en mer ». Les émanations résultant de l'exploitation des navires sont exclues par l'article 1(5) du *Protocole de 1996 à la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et d'autres matières* (ci-après, le « Protocole de 1996 »)<sup>45</sup>.

38 L'immersion en mer est régie par les articles 210 et 216 de la CNUDM. Les États sont tenus d'adopter des lois nationales pour prévenir la pollution marine par les rejets et de les faire appliquer.

<sup>43</sup> Voir l'art. 86 de la CNUDM définissant l'application de la partie VII – Haute mer, qui dispose qu'elle s'applique « à toutes les parties de la mer qui ne sont comprises ni dans la zone économique exclusive, la mer territoriale ou les eaux intérieures d'un État, ni dans les eaux archipélagiques d'un État archipel » ; cf. E.J. Molenaar et A.G. Oude Elferink, « Marine protected areas in areas beyond national jurisdiction – The pioneering efforts under the OSPAR Convention », *Utrecht Law Review*, 2009, 5(1), p. 7.

<sup>44</sup> Art. 1(5)(a)(ii) de la CNUDM.

<sup>45</sup> Voir plus généralement H. Esmaili et B. Grigg, « Pollution from Dumping », dans J. Harrison (dir. pub.), *Saving the Oceans Through Law: The International Legal Framework for the Protection of the Marine Environment*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 79.

39 L'immersion en mer est également réglementée par la Convention de Londres de 1972 et sa révision par le Protocole de 1996. En 2006, des amendements au Protocole de 1996<sup>46</sup> ont permis le stockage du dioxyde de carbone sous les fonds marins<sup>47</sup>.

40 L'article II de la Convention de Londres de 1972 exige des États qu'ils prennent des « mesures appropriées » pour prévenir la pollution marine résultant de l'immersion de déchets. Bien que la Convention contienne une interdiction générale d'immersion, celle-ci permet l'immersion de certaines matières avec permis<sup>48</sup>. L'article 3 du Protocole de 1996 exige des États qu'ils appliquent une « approche de précaution en matière de protection de l'environnement contre l'immersion de déchets ».

41 Le déversement dans les eaux territoriales des États est soumis à la législation nationale qui peut définir les infractions et imposer une responsabilité en matière de déversement<sup>49</sup>.

v *Pollution marine : Pollution par les navires*

42 L'article 211 de la CNUDM traite de la pollution par les navires de mer qui peut résulter de rejets intentionnels et non intentionnels. Il exige des États qu'ils adoptent des lois qui garantissent la construction et l'exploitation rationnelles des navires afin de prévenir les types d'accidents maritimes qui causent la pollution et qu'ils prennent diverses autres mesures pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution causée par les navires. Par ailleurs, l'article 211(4) à (7) permet aux États côtiers d'adopter des règles visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution marine par les navires étrangers entrant dans leur mer territoriale.

43 Étant donné que la CNUDM ne contient pas de disposition sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers, les jugements relatifs à la plupart des six domaines de pollution marine qu'elle couvre restent soumis uniquement aux lois nationales concernant la reconnaissance et l'exécution. La pollution causée par les navires constitue l'exception à cette règle, qui a fait l'objet de nombreux traités internationaux contenant certaines dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution. Les traités comportant des dispositions pertinentes sont énumérés ci-dessous (les dispositions figurent en annexe de la présente Note). Comme il sera indiqué dans les paragraphes suivants, ces traités ont une application limitée en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers dans le domaine de la pollution marine (par les navires).

– La *Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures* et son Protocole de 1992 (ci-après, la « Convention Responsabilité civile » et le « Protocole de 1992 »)<sup>50</sup>. Cette Convention régit les demandes d'indemnisation liées à la pollution marine causée spécifi-

<sup>46</sup> IMO Doc LC-LP.1/Cir.5 (2006).

<sup>47</sup> Voir art. 1.8 de l'annexe 1 du Protocole de 1996 ; cf. D.R. Rothwell et T. Stephens (*op. cit.* note 17), p. 404.

<sup>48</sup> Voir art. IV(1)(b) de la Convention de Londres de 1972 ; voir H. Esmaili et B. Grigg (*op. cit.* note 45), p. 80 et 81.

<sup>49</sup> Par ex., *Loi sur la protection de l'environnement (Immersion en mer) de 1981* (Cth) art. 17.

<sup>50</sup> La Convention a été adoptée le 29 novembre 1969 et est entrée en vigueur le 19 juin 1975, disponible sur le site web de l'ONU « Collection des Traités », à l'adresse < treaties.un.org >. La Convention était en vigueur dans 109 États, mais elle compte désormais 34 États contractants, de nombreux États ayant depuis dénoncé la Convention et étant devenus Parties à un Protocole d'amendement. La Convention a été modifiée pour la dernière fois par le Protocole de 1992, adopté le 27 novembre 1992 et entré en vigueur le 30 mai 1996, qui est disponible sur le site web « Le portail au droit de l'environnement » (initiative conjointe de l'UICN, le PNUE et la FAO), à l'adresse < ecolex.org >. Il y a 137 États contractants à la Convention telle que modifiée par le Protocole de 1992.

relating to marine pollution from seabed activities outside the scope of their provisions and largely unregulated at the international level.

### iii *Marine pollution: Pollution from activities in the Area*

34 Article 1(1)(1) of the UNCLOS defines “Area” as “the seabed and ocean floor and subsoil thereof, beyond the limits of national jurisdiction”. Since, the “Area” may be loosely understood as the underwater ground beneath the “high seas”, international regulation in respect of high seas may also affect the Area.<sup>43</sup>

35 Article 209(1) of the UNCLOS provides that “[i]nternational rules, regulations and procedures shall be established [...] to prevent, reduce and control pollution of the marine environment from activities in the Area”, while Article 209(2) requires States to adopt laws to prevent marine pollution from activities in the Area by vessels, installations under their flag or authority.

36 Part XI of the UNCLOS concerns the Area generally. Article 139(1) within that Part obliges States to ensure that activities carried out in the Area – either by the State or by juridical persons controlled by or the national of the State – are carried out in accordance with Part XI. Article 139(2) provides that damage caused by a State’s failure in respect of its obligations under Part XI shall result in liability for the State.

### iv *Marine pollution: Pollution by dumping*

37 Article 1(5)(a) of the UNCLOS defines “dumping” as “any deliberate disposal of wastes or other matter from vessels, aircraft, platforms or other man-made structures at sea”. This includes disposing of vessels and installations, such as oil rigs.<sup>44</sup> In contrast, Article III 1(a) of the 1972 *Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter* (hereinafter, “1972 London Convention”) defines “dumping” as “any deliberate disposal at sea of wastes or other matter from vessels, aircraft, platforms or other man-made structures at sea” and “any deliberate disposal at sea of vessels, aircraft, platforms or other man-made structures at sea”. Emanations incidental to the operation of vessels are excluded by Article 1(5) of the 1996 *Protocol to the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter* (hereinafter, “1996 Protocol”).<sup>45</sup>

38 Dumping at sea is regulated by Articles 210 and 216 of the UNCLOS. States are obliged to adopt national laws to prevent marine pollution by dumping, and to enforce such laws.

---

<sup>43</sup> See Art. 86 of the UNCLOS defining the application of Part VII – High Seas, that reads that it applies “to all parts of the sea that are not included in the exclusive economic zone, in the territorial sea or in the internal waters of a State, or in the archipelagic waters of an archipelagic State”; cf. E.J. Molenaar and A.G. Oude Elferink, “Marine protected areas in areas beyond national jurisdiction – The pioneering efforts under the OSPAR Convention”, (2009) 5(1) *Utrecht Law Review* 5, 7.

<sup>44</sup> Art. 1(5)(a)(ii) of the UNCLOS.

<sup>45</sup> See generally H. Esmaeili and B. Grigg, “Pollution from Dumping”, in J. Harrison (ed.), *Saving the Oceans Through Law: The International Legal Framework for the Protection of the Marine Environment*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 79.

39 Dumping at sea is also regulated by the 1972 London Convention, and its revision via the 1996 Protocol. In 2006, amendments to the 1996 Protocol<sup>46</sup> permitted the storage of carbon dioxide under the seabed.<sup>47</sup>

40 Article II of the 1972 London Convention requires States to take “effective measures” to prevent marine pollution by dumping. Although the Convention contains a general prohibition of dumping, it permits some materials to be dumped with permits.<sup>48</sup> Article 3 of the 1996 Protocol requires States to apply a “precautionary approach to environmental protection from dumping of wastes”.

41 Dumping within States’ territorial waters is subject to domestic legislation which may define offences and impose liability in respect of dumping.<sup>49</sup>

### v *Marine pollution: Pollution from vessels*

42 Article 211 of the UNCLOS addresses pollution from sea-going vessels which may result from intentional and unintentional discharges. It requires States to adopt laws that ensure the sound construction and operation of ships to prevent the kinds of maritime accidents that cause pollution from occurring and take various other measures to prevent, reduce, and control pollution from vessels. Additionally, Article 211(4) to (7) allows coastal States to adopt regulations to prevent, reduce, and control marine pollution by foreign vessels entering their territorial sea.

43 As UNCLOS itself does not contain a provision for the recognition and enforcement of foreign judgments, judgments related to most of the six areas of marine pollution it covers remain subject only to national laws regarding recognition and enforcement. The exception to this is pollution from vessels, which has been addressed by numerous international treaties that contain some recognition and enforcement provisions. Treaties with relevant provisions are listed below (the provisions themselves are tabled in the Annex to this Note). As will be noted in the following paragraphs, these treaties have limited application to the recognition and enforcement of foreign judgments in the area of ship-sourced marine pollution.

– *International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage*, and its 1992 Protocol (hereinafter, “Civil Liability Convention” and “1992 Protocol”, respectively).<sup>50</sup> This Convention covers claims related

---

<sup>46</sup> IMO Doc LC-LP.1/Cir.5 (2006).

<sup>47</sup> See Annex 1, Section 1.8 of the 1996 Protocol; cf. D.R. Rothwell and T. Stephens (*op. cit.* note 17), p. 404.

<sup>48</sup> See Art. IV(1)(b) of the 1972 London Convention; cf. H. Esmaeili and B. Grigg (*op. cit.* note 45), pp. 80–81.

<sup>49</sup> E.g., *Environment Protection (Sea Dumping) Act 1981* (Cth) s 17.

<sup>50</sup> The Convention, which was adopted on 29 November 1969 and entered into force on 19 June 1975, is available on the UN “Treaty Collection” website, at <treaties.un.org>. The Convention was in force for 109 States; however, there are currently 34 Contracting States as many States have since denounced the Convention and become Parties to an amending Protocol. The Convention was most recently amended by the 1992 Protocol, which was adopted on 27 November 1992 and entered into force on 30 May 1996, and is also available on the UN “Treaty Collection” website. There are 137 Contracting States to the Convention as amended by the 1992 Protocol.

quement par les accidents maritimes impliquant des pétroliers.

- La *Convention internationale portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures* et son Protocole de 2003 (ci-après, la « Convention portant création du Fonds » et le « Protocole Fonds de 2003 », respectivement)<sup>51</sup>. Comme la Convention Responsabilité civile, cette Convention couvre les demandes d'indemnisation liées à la pollution causée spécifiquement par les pétroliers.
- La *Convention internationale sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses* (ci-après, la « Convention SNPD »)<sup>52</sup>. Cette Convention couvre les demandes d'indemnisation liées à la pollution causée par le transport de substances dangereuses qui pourraient menacer les êtres humains et la vie marine en cas de déversement, à l'exception du pétrole brut, qui était déjà traité dans la Convention Responsabilité civile.
- Le *Protocole sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux* (ci-après, le « Protocole de Bâle »)<sup>53</sup>. Cette Convention couvre les réclamations relatives aux dommages résultant du mouvement de déchets dangereux, y compris le trafic illicite de ces déchets.
- La *Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute* (ci-après, la « Convention Hydrocarbures de soute »)<sup>54</sup>. Cette Convention s'applique aux demandes relatives à la pollution causée par tout navire de mer transportant des hydrocarbures de soute défini comme tout hydrocarbure utilisé pour l'exploitation ou la propulsion d'un navire.

44 Les régimes de reconnaissance et d'exécution adoptés dans ces instruments suivent un format et des règles similaires. Ils prévoient que les jugements soient exécutoires dans l'État d'origine et ne puissent plus faire l'objet d'un recours ordinaire dans cet État. Ils exigent également que les jugements soient rendus par un tribunal compétent conformément aux règles de compétence énoncées dans chacun de ces instruments. À cet égard, le critère de compétence prévu au sein de ces instruments peut se résumer à l'État : 1) où le dommage a été causé<sup>55</sup>, 2) dans lequel l'incident a

eu lieu<sup>56</sup>, 3) où les mesures de sauvegarde ont été prises pour prévenir ou minimiser tout dommage par pollution<sup>57</sup>, 4) où le défendeur a son domicile, ou son principal établissement<sup>58</sup>, 5) dans lequel un fonds limitant la responsabilité du propriétaire du navire a été constitué<sup>59</sup>, et autres<sup>60</sup>.

45 Ces instruments prévoient des motifs obligatoires de refus tels que l'obtention frauduleuse du jugement<sup>61</sup> ou l'absence de délais raisonnables et d'une possibilité équitable pour le défendeur de présenter sa défense<sup>62</sup>, l'ordre public<sup>63</sup> et l'existence de jugements antérieurs<sup>64</sup>.

46 Il convient de noter que le Protocole de Bâle traite des rapports avec d'autres instruments internationaux concernant la reconnaissance et l'exécution de jugements étrangers relatifs au droit maritime. Comme indiqué, le régime établi par le Protocole de Bâle ne s'applique pas « aux Parties contractantes qui sont Parties à un accord ou à un arrangement en vigueur concernant la reconnaissance mutuelle et l'exécution de jugements en vertu desquels le jugement serait reconnu et exécutoire »<sup>65</sup>.

47 Par rapport au texte actuel du projet de Convention qui laisse au tribunal requis le soin de décider de refuser ou non la reconnaissance et l'exécution, les motifs de refus prévus dans ces instruments sont obligatoires, obligeant le tribunal requis à refuser la reconnaissance et l'exécution des jugements. Par ailleurs, les motifs de refus énoncés dans ces instruments sont plus limités que ceux du projet de Convention (par ex. le projet de Convention prévoit également l'incompatibilité d'un jugement rendu dans l'État requis comme motif de refus à l'article 7(1)(e)).

#### vi *Pollution marine : Pollution d'origine atmosphérique ou transatmosphérique*

48 Comme indiqué ci-dessus, l'article 212 de la CNUDM dispose que les États adoptent des lois pour prévenir la pollution marine « d'origine atmosphérique ou transatmosphérique ». L'obligation est liée à l'espace aérien sur lequel un État exerce sa souveraineté et à l'espace aérien à travers lequel les navires ou aéronefs battant leur pavillon ou immatriculés au nom de cet État voyagent<sup>66</sup>. L'article 222 de la CNUDM impose aux États d'appliquer ces lois. Étant donné que ces deux dispositions sont exhaustives en ce qui concerne la réglementation de la pollution d'origine atmosphérique ou transatmosphérique, les obligations internationales existantes dans ce domaine, tout comme pour la pollution marine d'origine tellurique, n'imposent pas l'application de normes internationales, semblables à celles qui s'appliquent à la pollution causée par les navires, et sont à cet égard moins strictes.

<sup>51</sup> La Convention a été adoptée le 18 décembre 1971 et est entrée en vigueur le 16 octobre 1978. Elle a été remplacée par le Protocole de 1992, qui a été adopté le 27 novembre 1992 et est entré en vigueur le 30 mai 1996. La Convention de 1971 portant création du Fonds a cessé d'être en vigueur le 24 mai 2002. Le Protocole Fonds 2003 (Fonds complémentaire) a été adopté le 16 mai 2003 et est entré en vigueur le 3 mars 2005. Le Protocole Fonds de 2003 est disponible sur le site web des Fonds internationaux d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, à l'adresse <iopcfunds.org>.

<sup>52</sup> La Convention a été adoptée le 3 mai 1996, mais n'était pas en vigueur. Elle a ensuite été remplacée par le Protocole de 2010, qui a été adopté le 30 avril 2010 mais qui n'est pas encore entré en vigueur. Le texte consolidé de la Convention et du Protocole de 2010 est disponible sur le site web de la Convention SNPD, à l'adresse <hnsconvention.org/fr>.

<sup>53</sup> Le Protocole a été adopté le 10 décembre 1999 mais n'était pas encore entré en vigueur. Le Protocole est disponible sur le site web <basel.int>. Il convient de noter que la *Convention sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination* (« Convention de Bâle ») elle-même ne prévoit pas de règles de reconnaissance et d'exécution.

<sup>54</sup> La Convention a été adoptée le 23 mars 2001 et est entrée en vigueur le 21 novembre 2008. La Convention compte 90 États contractants et est disponible dans une publication de l'OMI (sous la cote « IMO I490M »), sur le site web <imo.org>.

<sup>55</sup> Voir art. IX.1 de la Convention Responsabilité civile ; art. 7 de la Convention portant création du Fonds ; art. 38.1 de la Convention SNPD ; art. 17.1(a) du Protocole de Bâle ; et art. 9.1 de la Convention Hydrocarbures de soute.

<sup>56</sup> Voir art. 17.1(b) du Protocole de Bâle.

<sup>57</sup> Voir art. IX.1 de la Convention Responsabilité civile ; art. 7 de la Convention portant création du Fonds ; art. 38.1 de la Convention SNPD ; et art. 9.1 de la Convention Hydrocarbures de soute.

<sup>58</sup> Voir art. 17.1(c) du Protocole de Bâle.

<sup>59</sup> Voir art. IX.3 de la Convention Responsabilité civile ; art. 7 de la Convention portant création du Fonds ; et art. 38.5 de la Convention SNPD.

<sup>60</sup> Lorsqu'un événement se produit en dehors du territoire d'un État, les actions ne peuvent être intentées que devant les tribunaux : où le navire est immatriculé ou, dans le cas d'un navire non immatriculé, de l'État partie dont le navire est autorisé à battre pavillon ; où le propriétaire a sa résidence habituelle ou son établissement principal ; où un fonds a été constitué (voir art. 38.2 de la Convention SNPD).

<sup>61</sup> Voir art. X.1(a) de la Convention Responsabilité civile ; art. 8 de la Convention portant création du Fonds ; art. 40.1(a) de la Convention SNPD ; art. 21.1(a) du Protocole de Bâle ; et art. 10.1(a) de la Convention Hydrocarbures de soute.

<sup>62</sup> Voir art. X.1(b) de la Convention Responsabilité civile ; art. 8 de la Convention portant création du Fonds ; art. 40.1(b) de la Convention SNPD ; art. 21.1(b) du Protocole de Bâle ; et art. 10.1(b) de la Convention Hydrocarbures de soute.

<sup>63</sup> Voir art. 21.1(d) du Protocole de Bâle.

<sup>64</sup> Voir art. 21.1(c) du Protocole de Bâle.

<sup>65</sup> Voir art. 21.3 du Protocole de Bâle.

<sup>66</sup> Voir art. 212(1) de la CNUDM.

to marine pollution specifically caused by maritime casualties involving oil tankers.

- *International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage*, and its 2003 Protocol (hereinafter, “Fund” and “Fund 2003 Protocol”, respectively).<sup>51</sup> Like the Civil Liability Convention, this covers claims related to pollution caused specifically by oil tankers.
- *International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea* (hereinafter, “HNS Convention”).<sup>52</sup> This Convention covers claims related to pollution caused by the transportation of hazardous substances that could threaten humans and marine life if spilled, with the exception of crude oil as this was already addressed by the Civil Liability Convention.
- *Protocol on Liability and Compensation for Damage resulting from Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal* (hereinafter, “Basel Protocol”).<sup>53</sup> This Convention covers claims related to damage resulting from the movement of hazardous wastes, including the illegal traffic of such wastes.
- *The International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage* (hereinafter, “Bunker Convention”).<sup>54</sup> This Convention applies to claims related to pollution caused by any sea-going vessel carrying “bunker oil”, defined as any hydrocarbon used for the operation or propulsion of a ship.

44 The recognition and enforcement regimes adopted in these instruments follow a similar format and standard. They require the judgments to be enforceable in the State of origin and be no longer subject to ordinary forms of review in the State of origin. They also require that the judgments should be delivered by a court that is competent according to the jurisdiction rules set out in the respective instruments. In this regard, the jurisdictional basis provided in these instruments can be summarised as the State: 1) where the damage was caused;<sup>55</sup> 2) where the incident oc-

curred;<sup>56</sup> 3) where the preventive measures were taken to prevent or minimise pollution damage;<sup>57</sup> 4) where the defendant has his habitual residence or principal place of business;<sup>58</sup> 5) where a fund for representing the limit of the ship owner’s liability has been constituted,<sup>59</sup> and others.<sup>60</sup>

45 These instruments lay down compulsory grounds for refusal, such as if the judgment was obtained by fraud,<sup>61</sup> or if the defendant was not given reasonable notice and a fair opportunity to present the case,<sup>62</sup> public policy<sup>63</sup> and the existence of earlier judgments.<sup>64</sup>

46 It should be noted that the Basel Protocol deals with the relationship with other international instruments regarding the recognition and enforcement of foreign maritime-related judgments. As stated, the regime provided in the Basel Protocol does not apply “between Contracting Parties that are Parties to an agreement or arrangement in force on mutual recognition and enforcement of judgments under which the judgment would be recognizable and enforceable”.<sup>65</sup>

47 In comparison with the current text of the draft Convention that gives the discretion to the court addressed to decide whether to refuse recognition and enforcement or not, the grounds for refusal provided in these instruments are compulsory, requiring the court addressed to refuse the recognition and enforcement of the judgments. In addition, the grounds for refusal set out in these instruments are more limited than those of the draft Convention (e.g., the draft Convention also provides the inconsistency with a judgment given in the requested State as a ground for refusal in Art. 7(1)(e)).

vi *Marine pollution: Pollution from or through the atmosphere*

48 As flagged above, Article 212 of the UNCLOS provides that States shall adopt laws to prevent marine pollution “from or through the atmosphere”. The obligation is connected to the airspace over which a State exercises sovereignty, and to the airspace through which vessels or aircraft flagged or registered to that State travel.<sup>66</sup> Article 222 of the UNCLOS requires States to enforce such laws. Since the two provisions are exhaustive of regulation of pollution from or through the atmosphere, the existing international obligations in this area, just like in the land-sourced marine pollution, do not mandate application of international standards, similar to that in respect of vessel-sourced pollution, and are in this respect less demanding.

<sup>51</sup> The Convention was adopted on 18 December 1971 and entered into force on 16 October 1978. It was superseded by the 1992 Protocol, which was adopted on 27 November 1992 and entered into force on 30 May 1996. The 1971 Fund Convention ceased to be in force on 24 May 2002. The Fund 2003 Protocol (Supplementary Fund) was adopted on 16 May 2003 and entered into force on 3 March 2005. The Fund 2003 Protocol is available on the International Oil Pollution Compensation Funds website, at <iopcfunds.org>.

<sup>52</sup> The Convention was adopted on 3 May 1996, but was not in force. It was then superseded by the 2010 Protocol, which was adopted on 30 April 2010 and is not yet in force. The consolidated text of the Convention and the 2010 Protocol is available on the HNS Convention website, at <hnsconvention.org>.

<sup>53</sup> The Protocol was adopted on 10 December 1999 and is not yet in force. The Protocol is available on the <basel.int> website. It should be noted that the *Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal* (“Basel Convention”) itself does not stipulate recognition and enforcement rules.

<sup>54</sup> The Convention was adopted on 23 March 2001 and entered into force on 21 November 2008. The Convention has 90 Contracting States and is available on the <www.gov.uk> website.

<sup>55</sup> See Art. IX.1 of the Civil Liability Convention; Art. 7 of the Fund; Art. 38.1 of the HNS Convention; Art. 17.1(a) of the Basel Protocol; and Art. 9.1 of the Bunker Convention.

<sup>56</sup> See Art. 17.1(b) of the Basel Protocol.

<sup>57</sup> See Art. IX.1 of the Civil Liability Convention; Art. 7 of the Fund; Art. 38.1 of the HNS Convention; and Art. 9.1 of the Bunker Convention.

<sup>58</sup> See Art. 17.1(c) of the Basel Protocol.

<sup>59</sup> See Art. IX.3 of the Civil Liability Convention; Art. 7 of the Fund; and Art. 38.5 of the HNS Convention.

<sup>60</sup> In the case where an incident occurs outside the territory of any State, actions may be brought only in the courts: where the ship is registered or, in the case of an unregistered ship, the State Party whose flag the ship is entitled to fly; where the owner has habitual residence or where the principal place of business of the owner is established; where a fund has been constituted (see Art. 38.2 of the HNS Convention).

<sup>61</sup> See Art. X.1(a) of the Civil Liability Convention; Art. 8 of the Fund; Art. 40.1(a) of the HNS Convention; Art. 21.1(a) of the Basel Protocol; and Art. 10.1(a) of the Bunker Convention.

<sup>62</sup> See Art. X.1(b) of the Civil Liability Convention; Art. 8 of the Fund; Art. 40.1(b) of the HNS Convention; Art. 21.1(b) of the Basel Protocol; and Art. 10.1(b) of the Bunker Convention.

<sup>63</sup> See Art. 21.1(d) of the Basel Protocol.

<sup>64</sup> See Art. 21.1(c) of the Basel Protocol.

<sup>65</sup> See Art. 21.3 of the Basel Protocol.

<sup>66</sup> See Art. 212(1) of the UNCLOS.

1 *Réexamen de l'inclusion des matières relevant de la pollution marine dans le champ d'application du projet de Convention*

49 La portée des instruments existants et l'implication de l'inclusion des jugements portant sur la pollution marine devraient être prises en compte pour déterminer si la future Convention devrait inclure ces jugements.

50 Premièrement, il n'existe qu'un nombre limité d'instruments internationaux traitant de la pollution marine qui contiennent des dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers, et ceux qui en contiennent ont une portée limitée. Les instruments examinés au paragraphe 43 sont les seuls traités internationaux relatifs à la pollution marine qui contiennent de telles dispositions. Comme indiqué ci-dessus, ces instruments traitent essentiellement de la pollution marine par les navires, laissant ainsi la pollution marine provenant d'autres sources largement non réglementée. En outre, ces traités ne portent que sur des aspects spécifiques de la pollution marine par les navires tels que les pétroliers, le transport de substances et de déchets dangereux et le transport d'hydrocarbures de soute. Ces facteurs liés au champ d'application des instruments internationaux existants laissent les jugements portant sur d'autres types de pollution marine détaillés par la CNUDM, y compris la pollution d'origine tellurique, des fonds marins, de la « Zone », l'immersion et de l'atmosphère, sans moyens internationaux de reconnaissance et d'exécution, les rendant uniquement soumis aux lois nationales. Par ailleurs, dans la mesure où elles sont pertinentes, ces Conventions ne prévoient que des motifs de refus obligatoires de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers, alors que le projet de Convention contient également des motifs discrétionnaires à cet effet à l'article 7. Par conséquent, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers portant sur la pollution marine ne sont actuellement facilitées que pour certains aspects de la pollution marine par les navires, qui constituent des circonstances étroites laissant une grande partie de la pollution marine sans un régime de reconnaissance et d'exécution garantissant une prévisibilité et une sécurité juridique.

51 Deuxièmement, même dans le cadre des instruments relatifs à la pollution causée par les navires visés au paragraphe 43, le statut et nombre d'États parties à ces instruments diffèrent encore. La Convention SNPD et le Protocole de Bâle n'étant pas encore en vigueur, il n'existe toujours pas de régime de reconnaissance et d'exécution pour les jugements qui relèvent de ces deux instruments. Pour les autres instruments, le nombre d'États contractants est important, variant de 90 États pour la Convention Hydrocarbures de soute à 115 États pour le Protocole portant création du Fonds de 2003 et jusqu'à 137 États pour le Protocole de la Convention Responsabilité civile de 1992 ; les jugements relevant de ces instruments sont autorisés à circuler en vertu de ces régimes<sup>67</sup>. Néanmoins, de nombreux États n'ont pas encore ratifié ces traités et ne sont donc pas liés par ceux-ci.

52 Ces deux limites inhérentes aux instruments internationaux existants offrent au projet de Convention l'occasion de combler les lacunes du régime international, ce qui pourrait avoir pour effet de rendre utile l'insertion des demandes d'indemnisation pour pollution marine dans le champ d'application du projet de Convention. Cela permettrait aux ju-

gements portant sur la pollution marine provenant de toutes les sources, et non seulement des navires, de circuler en vertu d'un instrument international de reconnaissance et d'exécution qui pourrait servir de choix politique pour empêcher la pollution maritime, demander des comptes aux pollueurs marins et indemniser ceux qui ont été affectés par la pollution marine. Cette inclusion couvrirait un large éventail de différents types de demandes d'indemnisation, allant des dommages causés à l'environnement par les opérations de forage d'hydrocarbures dans les fonds marins aux pertes économiques subies par les entreprises de pêche et de tourisme en raison de la pollution des ports de plaisance résultant de la mauvaise élimination des déchets des installations terrestres. Par ailleurs, le projet de Convention pourrait être ratifié et adopté par des États qui ne sont pas actuellement liés par les instruments existants, renforçant ainsi le régime juridique international dans le domaine de la pollution marine.

53 Choisir de maintenir l'exclusion des jugements portant sur la pollution marine dans le champ d'application du projet de Convention signifierait que ces matières sont trop spécifiques et trop nuancées pour être traitées dans ce projet de Convention et que celles-ci devraient plutôt être traitées dans des instruments internationaux plus spécialisés. Étant donné que certains de ces instruments spécialisés existent déjà pour ce qui est de la pollution par les navires, les partisans de cette approche peuvent penser que la communauté internationale est en mesure d'élaborer de tels instruments, ce qui élimine la nécessité d'inclure ces matières dans des Conventions plus générales, comme celle en question.

54 Néanmoins, les conséquences liées à l'absence d'un régime international qui soutienne la reconnaissance et l'exécution des jugements portant sur la pollution marine peuvent justifier l'inclusion de ces matières dans le champ d'application du projet de Convention, au moins jusqu'à ce que des mécanismes plus spécialisés soient négociés. L'absence actuelle de mécanismes internationaux facilitant la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers portant sur la pollution marine a pour conséquence de priver les parties du monde entier touchées par la pollution marine de recours, sous forme d'indemnisation ou autre, et de rendre les pollueurs marins pratiquement irresponsables de leurs actes illicites. Cela peut non seulement permettre aux pollueurs d'externaliser le coût lié au fait de polluer les ressources marines que la communauté internationale s'est engagée à protéger<sup>68</sup>, mais cela peut également contribuer à une culture de manque de vigilance à l'égard de ces ressources, en n'encourageant pas l'adoption et l'application de mesures de prévention de la pollution. Au lieu de cela, cette situation représente un fardeau pour les victimes de la pollution marine car elles doivent répondre à des incidents sans disposer d'un accès effectif à des recours.

55 En ce qui concerne les jugements statuant sur des litiges traités dans les instruments internationaux existants et futurs réglementant la pollution marine qui contiennent des dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution<sup>69</sup>, il convient d'examiner le rapport entre le projet de Convention et les instruments internationaux pertinents. Dans ce contexte, il y a lieu de se demander si le principe général de

<sup>67</sup> Au moment de la rédaction de la présente Note, 69 États membres de la HCCH sont liés par les dispositions de la Convention de 1969 sur la responsabilité civile relatives à la reconnaissance et à l'exécution (en tant qu'État contractant à la Convention ou au Protocole d'amendement) ; 53 États membres de la HCCH sont également Parties à la Convention Hydrocarbures de soute.

<sup>68</sup> Voir Action 21 adopté au Sommet de la Terre de Rio en 1992, section II, chapitre 17 : « Protection des océans », qui fait partie du « document de consensus mondial » disponible sur le site web de l'UNESCO, à l'adresse <[www.unesco.org](http://www.unesco.org)> ; Plan de mise en œuvre de Johannesburg du Sommet mondial pour le développement durable, chapitre IV, para. 30, p. 16, disponible (en anglais uniquement) sur le site web « United Nations Economic and Social Commission for Western Asia », à l'adresse <[www.unescwa.org](http://www.unescwa.org)>.

<sup>69</sup> Par exemple, les jugements sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (et d'autres jugements qui relèvent du Fonds et de son Protocole de 2003 ou de la Convention Hydrocarbures de soute).

1 *Reconsidering marine pollution matters within the scope of the draft Convention*

49 In deciding whether the future Convention should include marine pollution-related judgments, the scope of the existing instruments and the implication of including such judgments should be considered.

50 First, there are only a limited number of international instruments dealing with marine pollution that contain provisions for the recognition and enforcement of foreign judgments, and those that do are limited in scope. Instruments that are discussed in paragraph 43 are the only international treaties concerning marine pollution that contain such provisions. As explained above, these instruments mostly deal with marine pollution from vessels thereby leaving marine pollution from other sources largely unregulated. Furthermore, these treaties only address particular aspects of marine pollution from vessels, such as oil tankers, transportation of hazardous substances and wastes, and carriage of bunker oil. These factors relating to the scope of the existing international instruments leave judgments related to other types of marine pollution detailed by UNCLOS, including land-based, seabed, "Area", dumping, and atmosphere, without international means of recognition and enforcement, making it solely subject to domestic laws. Furthermore, insofar as they are relevant, these Conventions only provide compulsory grounds for refusal of recognition and enforcement of foreign judgments, while the draft Convention also contains discretionary grounds for the same in Article 7. Therefore, the recognition and enforcement of foreign judgments dealing with marine pollution is currently only facilitated in certain aspects of marine pollution from vessels, which represent narrow circumstances leaving much of marine pollution without a recognition and enforcement regime that ensures legal predictability and certainty.

51 Secondly, even within the instruments regulating pollution from vessels specified in paragraph 43, the status and number of States bound by the respective instruments still differ. The HNS Convention and the Basel Protocol are not yet in force, thus there is still no recognition and enforcement regime in place for judgments covered by these two instruments. For the other instruments, the number of Contracting States is significant, varying from 90 (the Bunker Convention) to 115 (the Fund 2003 Protocol) and to 137 (the 1992 Protocol of the Civil Liability Convention), and the relevant judgments are entitled to circulate under these regimes.<sup>67</sup> Nevertheless, there still are many States that have not yet ratified these treaties and thus are not bound by the same.

52 These two limitations of the existing international instruments present an opportunity for the draft Convention to fill the gap in the international regime, which may mean that it would be productive to insert marine pollution claims back into the scope of the draft Convention. Doing

<sup>67</sup> There are at the time of writing 69 HCCH Member States bound to the recognition and enforcement provisions of the 1969 Civil Liability Convention (either as a Contracting State to the Convention or to its amending Protocol); there are also at the time of writing 53 HCCH Member States Contracting States to the Bunker Convention.

so would allow judgments related to marine pollution from all sources, not merely from vessels, to circulate under an international instrument for recognition and enforcement, which could serve a policy choice of preventing maritime pollution, holding marine polluters to account, and compensating those that have been affected by marine pollution. This inclusion would span a wide array of different types of claims, ranging from damage caused to the environment from hydrocarbon drilling operations in the seabed to economic losses suffered by fishing and tourism businesses as a result of marine pollution that stems from land facilities' poor waste disposal. Additionally, the draft Convention has the potential of being ratified and adopted by States which are not currently bound by the existing instruments thereby strengthening the international legal regime in the area of marine pollution.

53 Choosing to retain the exclusion of marine pollution-related judgments from the scope of the draft Convention would reflect a belief that these matters are too specific and nuanced to be dealt with by this draft Convention and should instead be handled by more specialised international instruments. As some of these specialised instruments already exist for pollution from vessels, proponents of this course of action may believe that the international community is well-positioned to craft more of such instruments, which removes the need for the inclusion of such matters in more generally-oriented Conventions, like the one in question.

54 Nevertheless, the consequences from the lack of an international regime that supports recognition and enforcement of marine pollution-related judgments may warrant the inclusion of such matters into the scope of the draft Convention at the very least until more specialised mechanisms are negotiated. The current lack of international mechanisms facilitating recognition and enforcement of marine pollution-related foreign judgments results in limiting remedies, whether in a form of compensation or otherwise, to parties around the world affected by marine pollution and in setting marine polluters virtually unaccountable for wrongful actions. This not only may allow polluters to externalise the cost of polluting marine resources that the international community is committed to protect,<sup>68</sup> but also it may contribute to a culture of lacking vigilance towards such resources, failing to encourage adoption and implementation of pollution-prevention measures. Instead, this state of affairs is a burden on the victims of marine pollution in having to respond to these incidents without being provided with effective access to recourse.

55 For those judgments ruling on the disputes dealt with in the existing and future international instruments regulating marine pollution that contain recognition and enforcement provisions,<sup>69</sup> it is necessary to consider the relationship between the draft Convention and the relevant international instruments. In this context, the question arises: should

<sup>68</sup> See Agenda 21 adopted at the 1992 Earth Summit in Rio, Section II, Chapter 17: "Protection of the Oceans", that is part of the "global consensus document" available on the UNESCO website, at <[www.unesco.org](http://www.unesco.org)>; Johannesburg Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development, Chapter IV, para 30, p. 16, available on the website of the United Nations Economic and Social Commission for Western Asia, at <[www.unescwa.org](http://www.unescwa.org)>.

<sup>69</sup> For example, judgments on civil liability for oil pollution damages (and others regulated by the Fund or the Fund 2003 Protocol or the Bunker Convention).

la *lex specialis derogat legi generali* doit s'appliquer, de manière à faire prévaloir ces instruments spécifiques, ou s'il convient d'appliquer l'article 24 du projet de Convention (Rapport avec d'autres instruments internationaux).

56 La *lex specialis derogat legi generali* est la « maxime généralement admise » du droit international et du droit en général qui veut que l'on donne la primauté à un instrument juridique plus spécialisé dans les cas où deux lois visent à réglementer le même scénario factuel<sup>70</sup>. Cette maxime a été principalement utilisée comme méthode pour résoudre des questions d'interprétation juridique et de conflit de normes<sup>71</sup>. Pour atteindre ces objectifs, le principe a été considéré comme atteignant un objectif plus élevé en aidant à régler les interactions entre le système juridique international dans son ensemble et ses « sous-systèmes » (c.-à-d., les branches juridiques), car il soutient la primauté des normes juridiques, tout en encourageant l'élaboration de principes juridiques subsidiaires plus spécialisés<sup>72</sup>. Compte tenu de la longue tradition d'application de cette maxime et de son application généralisée dans le monde entier, la *lex specialis derogat legi generali* a un poids significatif en faveur de devenir un mécanisme privilégié afin de résoudre les questions de conflits d'instruments juridiques et, ce faisant, prévaloir sur toute autre disposition visant à résoudre cette question qui est adoptée dans le cadre de toute nouvelle Convention.

57 L'article 24(2) du projet de Convention résout la question des résultats contradictoires produits par le fonctionnement du projet de Convention et d'un autre « traité [ou [...] autre instrument international] conclu avant [le projet de] Convention » en faveur de ce dernier<sup>73</sup>. Dans la pratique, cela signifierait que, dans les cas où l'État du tribunal requis est Partie à la fois au projet de Convention et à un autre traité ou instrument international conclu avant le projet de Convention, et où l'application des deux instruments produit des résultats incompatibles, le tribunal requis devrait appliquer l'instrument le plus ancien. Dans la même veine, l'article 24(3) du projet de Convention charge les tribunaux requis d'appliquer un « traité [ou [...] autre instrument international] conclu après [le projet de] Convention [...] aux fins de<sup>74</sup> reconnaissance ou d'exécution » dans des circonstances où l'État du tribunal requis et l'État du tribunal ayant rendu le jugement en question sont tous deux Parties au traité ou instrument international conclu ultérieurement. Il convient de noter qu'il y a eu quelques discussions sur les moyens de distinguer les instruments antérieurs des instruments ultérieurs. Au lieu de considérer le moment où le projet de Convention « est entré en vigueur » (comme c'est actuellement le cas), il a été proposé que la question de savoir si un autre traité ou instrument international a été conclu avant ou après le projet de Convention devrait être déterminée par référence à « l'adoption du projet de Convention »<sup>75</sup>. La principale raison de cette proposition était que cette rédaction éviterait la disparité de

position sur la force exécutoire des jugements étrangers et sur la question de l'instrument applicable dans deux États qui sont tous deux Parties au projet de Convention et à un autre instrument international, mais où le projet de Convention est entré en vigueur que dans un de ces États<sup>76</sup>. Bien que ce dernier point reste à discuter au cours des négociations du projet de Convention, toute préoccupation concernant l'incertitude entourant les instruments internationaux conflictuels, qu'ils aient été conclus avant ou après que le projet de Convention ait été « conclu » ou « entré en vigueur » dans le domaine de la pollution maritime peut être considérée comme ayant été traitée de manière adéquate par les dispositions déjà incluses dans le projet de Convention traitant des relations avec les autres instruments (art. 24(2), (3)). Cela peut justifier encore davantage l'absence de nécessité d'exclure les matières de pollution maritime du champ d'application du projet de Convention.

58 Toutefois, il peut encore être préférable d'exclure la pollution marine afin de préserver la centralisation de la compétence par les régimes internationaux déjà établis et que certains États peuvent avoir adoptés. Il s'agit essentiellement des aspects spécifiques de la pollution marine par les navires qui sont réglementés par les Conventions dont il est question au paragraphe 43 ci-dessus. Chaque clause de reconnaissance et d'exécution contenue dans tous ces instruments internationaux ne prévoit la reconnaissance et/ou l'exécution *que* des jugements qui ont été rendus par un tribunal ayant compétence exclusive sur la question établie conformément à l'instrument lui-même. Dans les cas où le projet de Convention aurait pour effet la reconnaissance et l'exécution d'un jugement d'un tribunal qui n'a pas de compétence exclusive en vertu d'une Convention spécifique antérieure, les États peuvent encore choisir de ne pas le reconnaître et exécuter afin de conserver le régime précédemment établi car cela serait incompatible au fonctionnement du régime déjà existant. Bien que cela demeure une considération importante, cette question devrait être évaluée par rapport au champ d'application de ces Conventions spécifiques, qui, comme nous l'avons vu précédemment, n'est que limitée.

59 En comparant les deux solutions aux résultats contradictoires présentés dans la discussion précédente, il convient de noter que l'article 24(2) garantit une application plus large d'autres instruments qui ont été conclus avant le projet de Convention que le principe de la *lex specialis derogat legi generali*. Ce dernier principe ne s'applique que dans les cas où tous les États concernés concluent à la fois le traité spécial et le traité général en question, alors que le projet de Convention ne contient aucune limitation de ce type. L'article 24(2) prévoit expressément qu'un autre traité (c.-à-d., un traité spécial) prévaut sur le projet de Convention contenant des règles générales même si un État contractant pertinent au projet de Convention n'est *pas* Partie à l'autre traité. Par conséquent, l'absence de nécessité d'exclure les matières maritimes du champ d'application du projet de Convention peut se justifier davantage.

60 Si la pollution marine devait être incluse dans le projet de Convention, les critères de compétence indirecte pertinents seraient ceux de l'article 5(1)(a) à (f) et (j) (relatifs aux obligations non-contractuelles).

<sup>70</sup> D. Lapas, « Some Remarks on Fragmentation of International Law: Disintegration or Transformation », (2007) 40(1) *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 25.

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> Pour plus d'explications sur le fonctionnement de l'art. 24(2), voir projet révisé de Rapport explicatif (*op. cit.* note 15), para. 413 à 419.

<sup>74</sup> Il a été suggéré par le Groupe de travail informel de remplacer les termes « aux fins de » dans la disposition par « en ce qui concerne la » afin de « permettre aux États contractants d'appliquer un autre instrument ultérieur [et de] refus[er] la reconnaissance et [...] l'exécution de jugements rendus par un tribunal d'un État contractant qui est aussi Partie audit instrument ». Voir « Rapport du Groupe de travail informel III – Rapport avec d'autres instruments internationaux », établi par le professeur Keisuke Takeshita, président du Groupe de travail informel III, avec l'assistance du Bureau Permanent, Doc. pré-l. No 9 d'avril 2019 à l'attention de la Vingt-deuxième session sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (du 18 juin au 2 juillet 2019), voir Cahier 2, p. 22, du présent tome, para. 3.

<sup>75</sup> *Ibid.*, para. 4.

<sup>76</sup> *Ibid.*



the general principle of *lex specialis derogat legi generali* apply, so as to give prevalence to the specific instruments, or should Article 24 of the draft Convention (Relationship with other international instruments) be applied?

56 *Lex specialis derogat legi generali* is the “generally accepted maxim” of international law and of law in general that dictates that prevalence should be given to a more specialised legal instrument in circumstances where two laws purport to regulate the same factual scenario.<sup>70</sup> It has been primarily used as a method of resolving issues of legal interpretation and conflict of norms.<sup>71</sup> In serving these purposes, the principle was considered to achieve a higher objective in helping to regulate the interactions between the international legal system as a whole and its “subsystems” (*i.e.*, legal branches), because it supports the primacy of legal norms, while also encouraging the development of more specialised subsidiary legal principles.<sup>72</sup> Given the longstanding history of operation of this maxim and its widespread application around the world, *lex specialis derogat legi generali* carries significant weight in favour of becoming a preferred mechanism for resolving issues of conflicting legal instruments and, in doing so, prevailing over any other provision purporting to resolve this issue that is adopted as part of a new Convention.

57 Article 24(2) of the draft Convention resolves the issue of conflicting results produced by the operation of the draft Convention and another “treaty [or other international instrument] that was concluded before [the draft] Convention” in favour of the latter.<sup>73</sup> In practice this would mean that, in circumstances where the State of the court addressed is a Party to both the draft Convention and another treaty or international instrument that was concluded before the draft Convention, and where the application of the two instruments yield incompatible results, the court addressed should apply the earlier instrument. By the matter of the same logic, Article 24(3) of the draft Convention instructs the courts addressed to apply a “treaty [or other international instrument] concluded after [the draft] Convention [...] for the purposes of obtaining<sup>74</sup> recognition or enforcement” in circumstances where both the State of the court addressed and the State of the court that rendered the judgment in question are Parties to the later-concluded treaty or international instrument. It should be noted that there have been some discussions in relation to the means of distinguishing earlier instruments from the later ones. Instead of considering the point of time the draft Convention “entered into force” (as the draft currently does), it has been proposed that the question of whether another treaty or international instrument was concluded before or after the draft Convention should be determined by reference to the “conclusion of the draft Convention”.<sup>75</sup> The primary reason for this proposal was that this drafting would avoid the dispar-

ity of the position on enforceability of foreign judgments and on the issue of the applicable instrument in two States that are both Parties to the draft Convention and another international instrument, but where it is only in one of those States where the draft Convention has entered into force.<sup>76</sup> Although this latter point remains to be discussed during the negotiations of the draft Convention, any concerns about uncertainty around conflicting international instruments, whether concluded before or after the draft Convention was “concluded” or “entered into force”, in the area of maritime pollution may be considered to have been adequately addressed by the already-included provisions in the draft Convention dealing with its relationship with other instruments (Art. 24(2), (3)). This may justify the lack of need for exclusion of maritime pollution matters from the scope of the draft Convention.

58 However, it may still be preferable to exclude marine pollution in order to preserve the centralisation of jurisdiction by the already established international regimes that some of the States may have adopted. This primarily relates to the specific aspects of marine pollution from vessels that are regulated by the Conventions discussed at paragraph 43 above. Each recognition and enforcement clause contained in all of those international instruments provides for recognition and/or enforcement of *only* those judgments that have been rendered by a court that has exclusive jurisdiction over the matter established in accordance with the instrument itself. In circumstances where the effect of the draft Convention would be recognition and enforcement of a judgment of a court that does not have an exclusive jurisdiction under an earlier specific Convention, States may still prefer to deny recognition and enforcement in order to preserve the previously established regime, because it would conflict with the basic structure of the already operative regime. Although this remains an important consideration, this question should be assessed relative to the scope of application of these specific Conventions, which, as previously discussed, is only narrow.

59 In comparing the two solutions to the conflicting results presented in the immediately preceding discussion, it is worth noting that Article 24(2) ensures broader application of other instruments that were concluded before the draft Convention than the principle *lex specialis derogat legi generali*. The latter principle is only applicable in circumstances where all relevant States in question conclude both the special treaty and the general treaty at issue, whereas the draft Convention contains no such limitation. Article 24(2) expressly provides that another treaty (*i.e.*, special treaty) prevails over the draft Convention containing general rules even if a relevant Contracting State to the draft Convention is *not* a Party to the other treaty. Therefore, the lack of necessity to exclude marine pollution matters from the scope of the draft Convention may be further justified.

60 If marine pollution were to be included in the future Convention, the relevant indirect jurisdictional filters would be Article 5(1)(a) to (f), and (j) (on non-contractual obligations).

<sup>70</sup> D. Lapas, “Some Remarks on Fragmentation of International Law: Disintegration or Transformation”, (2007) 40(1) *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 25.

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> For more explanation on the operation of Art. 24(2), see the Revised draft Explanatory Report (*op. cit.* note 15), paras 413-419.

<sup>74</sup> Note that it has been suggested by the informal working group to replace the wording “for the purposes of obtaining” in the provision with the words “as concerns the” with the view of “allow[ing] Contracting States to apply another later instrument [and] of refusing recognition and enforcement of judgments given by a court of a Contracting State that is also a Party to that instrument”. See “Report of informal working group III – Relationship with other international instruments”, drawn up by Professor Keisuke Takeshita, chair of informal working group III, with the assistance of the Permanent Bureau, Prel. Doc. No 9 of April 2019 for the attention of the Twenty-Second Session on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (18 June – 2 July 2019), see Book 2, p. 23, of this tome, para. 3.

<sup>75</sup> *Ibid.*, para. 4.

<sup>76</sup> *Ibid.*

## B Remorquage et sauvetage d'urgence

### 1 Remorquage d'urgence

61 De manière générale, le remorquage est l'assistance fournie par un navire pour accélérer la progression d'un autre. Le remorquage d'urgence concerne l'assistance au remorquage des navires en cas d'incapacité afin de prévenir tout danger pour la vie et pour l'environnement et peut être réglementé par les autorités compétentes des États concernés.

62 Il n'existe pas de traité international réglementant le remorquage maritime et, par conséquent, il n'existe aucune règle unifiée sur la reconnaissance et l'exécution des jugements portant sur le remorquage sur le plan international. Le service de remorquage en dehors des cas d'urgence est généralement assuré dans le cadre de contrats ; ces derniers, qui sont souvent des contrats types, contiennent des clauses de règlement des différends qui diffèrent selon qu'elles concernent un arbitrage ou un litige (comportant des clauses exclusives ou non exclusives d'élection de for). Comme indiqué dans le Rapport Hartley/Dogauchi, les contrats de remorquage en dehors des cas d'urgence sont régis par la Convention Élection de for de 2005 s'ils résultent d'accords exclusifs d'élection de for. Par analogie, les jugements portant sur le remorquage en dehors des cas d'urgence qui ne découlent pas de clauses exclusives d'élection de for relèveraient du champ d'application du projet de Convention<sup>77</sup>.

63 Dans certains cas, un jugement découlant d'un régime réglementaire peut ne pas entrer dans le champ d'application du projet de Convention au motif qu'il ne s'agit pas d'une matière civile ou commerciale. Des exemples de régimes réglementaires pertinents existent en Australie dans la *Loi de 1981 sur la protection de la mer*<sup>78</sup> et au Royaume-Uni dans la *Loi de 1995 sur la marine marchande*<sup>79</sup>.

### 2 Sauvetage d'urgence

64 En général, le sauvetage peut être distingué entre les opérations de sauvetage visant à protéger la vie, les biens et l'environnement, lorsqu'il existe un danger immédiat (sauvetage d'urgence) et lorsqu'un navire a besoin d'aide en raison d'une perte de puissance motrice, d'un mauvais fonctionnement de l'appareil à gouverner, etc., et lorsqu'il n'existe pas de danger immédiat (sauvetage en dehors des cas d'urgence).

65 Il existe deux traités internationaux portant sur les matières relevant du sauvetage : la *Convention internationale de 1910 pour l'unification de certaines règles en matière d'assistance et de sauvetage maritimes* (ci-après, la « Convention de Bruxelles de 1910 sur le sauvetage »)<sup>80</sup> et la *Convention internationale de 1989 sur l'assistance* (ci-après, la « Convention de Londres de 1989 sur l'assistance »)<sup>81</sup>. Cette dernière définit l'opération d'assistance comme « tout acte ou activité entrepris pour assister un navire ou tout autre bien en danger dans des eaux navi-

gables ou dans n'importe quelles autres eaux »<sup>82</sup>. Contrairement à la Convention de Bruxelles de 1910 sur le sauvetage, la Convention de Londres de 1989 sur l'assistance étend le champ d'application du droit de l'assistance à la protection de l'environnement.

66 Aucun de ces traités ne contient de dispositions sur le règlement des différends. En général, l'opération de sauvetage (en particulier en dehors des cas d'urgence) repose sur des contrats et accords commerciaux que les sauveteurs et les propriétaires de navires concluent dans des cas individuels, et ces relations contractuelles sont fondées sur des contrats types courants et largement utilisés qui sont conçus pour faciliter l'opération de sauvetage proposée, c'est le cas du *Lloyd's Open Form* (ci-après, le « LOF »), du *Japanese Form* (ci-après, le « JSE »), du *Turkish Form* (ci-après, le « TOF »), du *Scandinavian Salvage Contract* ou du *Special Compensation P&I Club Clause* (ci-après, la « clause SCOPIC »). Tous ces accords types ont comme mode de règlement des différends la médiation ou l'arbitrage (sur la question de savoir s'il s'agit d'un sauvetage et sur le niveau de rémunération), comme par exemple l'article I du LOF, la clause 14 du JSE, l'article 7 du TOF, l'article 6 du *Scandinavian Salvage Contract* et l'article 16 de la clause SCOPIC. Il convient de noter que même lorsque ces contrats types sont utilisés, il est toujours possible d'avoir recours à des procédures judiciaires.

67 En dehors des contrats qui prévoient l'arbitrage ou la médiation comme mécanisme de règlement des différends, il est possible, pour ne pas dire habituel, de voir les différends relatifs à l'assistance traités par les tribunaux comme le permet la Convention de Londres de 1989 sur l'assistance. Les jugements résultant de ces procédures en matière de sauvetage en dehors des cas d'urgence, s'ils découlent d'accords exclusifs d'élection de for, seront couverts par la Convention Élection de for de 2005<sup>83</sup>. Par analogie, s'ils ne découlent pas d'accords exclusifs d'élection de for, ces jugements dans des circonstances de sauvetage non urgentes seraient régis par le projet de Convention dans son état actuel<sup>84</sup>.

68 Toutefois, l'intervention du tribunal dans les cas d'assistance peut également se produire en cas d'urgence lorsque le propriétaire et l'assistant n'ont pas eu le temps de conclure un contrat d'assistance. En l'absence d'instrument international traitant de la reconnaissance et de l'exécution des jugements en matière de sauvetage, la circulation de ces jugements ne serait soumise aux lois nationales ou aux instruments régionaux que si l'exclusion actuelle demeure en vigueur.

### 3 Réexamen de l'inclusion des matières relevant du remorquage et du sauvetage d'urgence dans le champ d'application du projet de Convention

69 Le fait qu'il n'existe aucun instrument international relatif au remorquage ou au sauvetage contenant des règles de reconnaissance et d'exécution des jugements serait une bonne raison de réintroduire les matières relevant du remorquage et du sauvetage d'urgence dans le projet de Convention. Ce faisant, tous les litiges civils ou commerciaux en matière de remorquage ou de sauvetage, qu'ils soient urgents ou non, contractuels ou non contractuels, seraient couverts par la future Convention. Cela permettrait d'assurer que les jugements rendus en matière de remorquage ou de sauvetage puissent circuler entre les États contractants de la future Convention, plutôt que d'être soumis aux lois

<sup>77</sup> Projet révisé de Rapport explicatif (*op. cit.* note 15), para. 49.

<sup>78</sup> *Loi de 1981 sur la protection de la mer (Protection of the Sea (Powers of Intervention) Act 1981)*, art. 8, 9 et 11(1)(h), disponible (en anglais uniquement) sur le site web du Gouvernement australien « Federal Register of Legislation », à l'adresse <www.legislation.gov.au>.

<sup>79</sup> *Loi de 1995 sur la marine marchande (Merchant Shipping Act 1995)*, appendice 3A, art. 1, 5 et 6, disponible (en anglais uniquement) sur le site web du Royaume-Uni dédié à la législation, à l'adresse <legislation.gov.uk>.

<sup>80</sup> La Convention a été adoptée le 23 septembre 1910, à Bruxelles (Belgique), et modifiée par un Protocole publié à Bruxelles le 27 mai 1967.

<sup>81</sup> La Convention a été adoptée le 28 avril 1989, à Londres, au Royaume-Uni, et est entrée en vigueur le 14 juillet 1996. Elle a remplacé la Convention de Bruxelles de 1910 sur le sauvetage. Elle compte 70 États contractants et est disponible sur le site web de l'ONU « Collection des traités », à l'adresse < treaties.un.org >.

<sup>82</sup> Art. 1(a) de la Convention de Londres de 1989 sur l'assistance.

<sup>83</sup> Rapport Hartley/Dogauchi, para. 59.

<sup>84</sup> Projet révisé de Rapport explicatif (*op. cit.* note 15), para. 49.

## B *Emergency towage and salvage*

### 1 *Emergency towage*

61 In general terms, towage is the assistance given by one vessel to accelerate the progress of another. Emergency towage concerns towage assistance to vessels incapacitated in order to prevent danger to life and environment, and may be regulated by relevant States' authorities.

62 There is no international treaty regulating marine towage, and therefore there are no unified rules on the recognition and enforcement of towage-related judgments in the international arena. The service of non-emergency towage is generally performed under contracts, and such contracts, which are often a standard form of contracts, contain dispute resolution clauses, differing from arbitration to litigation (with exclusive or non-exclusive choice of court clauses). As stated in the Hartley/Dogauchi Report, contracts of non-emergency towage are governed by the 2005 Choice of Court Convention, if they arise from exclusive choice of court agreements. By analogy, judgments on non-emergency towage which do not derive from exclusive choice of court clauses would fall under the scope of the draft Convention.<sup>77</sup>

63 In some cases, a judgment arising out of regulatory regimes may fall outside scope of the draft Convention on the basis that it is not a civil or commercial matter. Examples of the relevant regulatory regimes can be found in Australia in the *Protection of the Sea Act 1981*<sup>78</sup> and in the UK in the *Merchant Shipping Act 1995*.<sup>79</sup>

### 2 *Emergency salvage*

64 In general terms, salvage can be distinguished between salvage operations to protect life, property and the environment, where there is an immediate danger (emergency salvage), and where a vessel requires assistance due to loss of motive power, steering malfunction, etc., and where there is no immediate danger (non-emergency salvage).

65 There are two international treaties dealing with salvage matters: the *International Convention for the Unification of Certain Rules of Law respecting Assistance and Salvage at Sea*, 1910 (hereinafter, "1910 Brussels Salvage Convention")<sup>80</sup> and the *International Convention on Salvage*, 1989 (hereinafter, "1989 London Salvage Convention")<sup>81</sup>. The latter treaty defines salvage operation as "any act or activity undertaken to assist a vessel or any other property in danger in navigable waters or in any other waters

whatsoever".<sup>82</sup> In comparison with the 1910 Brussels Salvage Convention, the 1989 London Salvage Convention extends the scope of salvage law to cover environmental salvage.

66 Neither treaty contains provisions on dispute resolution. Generally, salvage (particularly non-emergency salvage) operates based on commercial contracts and agreements which salvors and shipowners conclude in individual cases, and such contractual relationships are rooted in commonly and widely used standard form contracts that are designed to facilitate the proposed marine salvage operation, such as the Lloyd's Open Form (hereinafter, "LOF"), the Japanese Form (hereinafter, "JSE"), the Turkish Form (hereinafter, "TOF"), the Scandinavian Salvage Contract or the Special Compensation P&I Club Clause (hereinafter, "SCOPIC Clause"). All these standard agreements choose mediation or arbitration as the dispute resolution (over whether it was a salvage and the level of remuneration), such as Article I of the LOF, Clause 14 of the JSE, Article 7 of the TOF, Article 6 of the Scandinavian Salvage Contract and Article 16 of the SCOPIC Clause. It should be noted that even where such standard form contracts are used, recourse to litigation is still possible.

67 Outside of contracts that select arbitration or mediation as a dispute settlement mechanism, it is possible, if not too common, to see disputes on salvage dealt with by courts as permitted by the 1989 London Salvage Convention. Judgments resulting from such proceedings on non-emergency salvage, if derived from exclusive choice of court agreements, will be covered by the 2005 Choice of Court Convention.<sup>83</sup> By analogy, if they are not derived from exclusive choice of court agreements, these judgments in non-emergency salvage circumstances would be governed by the draft Convention as it currently stands.<sup>84</sup>

68 However, court intervention in salvage cases can also occur in emergency circumstances when there has been no time for the owner and salvor to conclude a salvage contract. As there is no international instrument dealing with the recognition and enforcement of judgments concerning salvage, the circulation of those judgments would only be subject to national laws or regional instruments if the current exclusion remains in place.

### 3 *Reconsidering emergency towage and salvage matters within the scope of the draft Convention*

69 The nonexistence of international legal instruments on towage or salvage containing rules on recognition and enforcement of judgments could be a reason for introducing emergency towage and salvage matters back into the draft Convention. By doing so, all civil or commercial disputes on towage or salvage, whether emergency or not, contractual or non-contractual, would be covered by the future Convention. This would ensure that judgments ruling on towage or salvage-related disputes are entitled to circulation among Contracting States of the future Convention, rather than being subject to national or regional laws on

<sup>77</sup> Revised draft Explanatory Report (*op. cit.* note 15), para. 49.

<sup>78</sup> *Protection of the Sea (Powers of Intervention) Act 1981* (Cth), sections 8, 19 and 11(1)(h), available on the Australian Government's "Federal Register of Legislation" website, at <www.legislation.gov.au>.

<sup>79</sup> *Merchant Shipping Act 1995*, Schedule 3A, sections 1, 5 and 6, available on the United Kingdom legislation website, at <legislation.gov.uk>.

<sup>80</sup> The Convention was adopted on 23 September 1910, in Brussels, Belgium, and was amended by a Protocol issued in Brussels on 27 May 1967.

<sup>81</sup> The Convention was adopted on 28 April 1989, in London, the United Kingdom, and entered into force on 14 July 1996. It replaced the 1910 Brussels Salvage Convention. The Convention has 70 Contracting States and is available on the United Nations "Treaty Collection" website, at <treaties.un.org>.

<sup>82</sup> Art. 1(a) of the 1989 London Salvage Convention.

<sup>83</sup> Hartley/Dogauchi Report, para. 59.

<sup>84</sup> The Revised draft Explanatory Report (*op. cit.* note 15), para. 49.

nationales ou régionales sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. À ce titre, la future Convention améliorerait l'accès à la justice pour les parties impliquées dans les opérations de remorquage ou de sauvetage et garantirait en particulier une sécurité juridique aux compagnies de remorquage ou aux sauveteurs dans les opérations de remorquage ou de sauvetage d'urgence, encourageant ainsi la fourniture de tels services.

70 Comme l'ont soulevé les partisans de la proposition, la distanciation par rapport au libellé de la Convention Élection de for de 2005 pourrait être justifiée par le fait que le fonctionnement de la Convention de 2005 repose sur les accords exclusifs d'élection de for conclus par les parties, alors que le projet de Convention a un champ d'application plus large, couvrant tant les litiges contractuels que non contractuels. Par ailleurs, l'application du projet de Convention éliminerait certaines préoccupations en faveur de l'exclusion du remorquage d'urgence et du sauvetage d'urgence de la Convention de 2005, y compris le fait que les contrats de remorquage ou de sauvetage ne pourraient être conclus ou négociés dans certaines circonstances, car le projet de Convention contient d'autres critères de compétence indirecte qui peuvent être appliqués aux jugements portant sur le remorquage et le sauvetage, comme la résidence habituelle du défendeur. Des débats subsistent quant à l'impact qu'aurait la suppression du remorquage d'urgence et de l'exclusion du sauvetage. Pour répondre à cette question, il peut être utile d'examiner la portée de l'exclusion et les types de demandes qui en feraient partie. De nombreuses opérations de remorquage et de sauvetage d'urgence menées dans le cadre d'un contrat n'entreraient pas dans le champ d'application du présent projet de Convention car elles sont généralement régies par des contrats types qui soit prévoient une indemnité pécuniaire spécifique pour une opération réussie, soit prévoient un règlement par l'intermédiaire d'un arbitrage<sup>85</sup>. Si un contrat de remorquage et de sauvetage d'urgence reconnaissait le litige comme un mécanisme acceptable de règlement des différends, une procédure judiciaire découlant de ce contrat serait alors incluse dans le champ d'application du projet de Convention.

71 Toutefois, les autres opérations de remorquage et de sauvetage d'urgence ne sont pas régies par un contrat ; lorsqu'un navire est en péril immédiat, il peut ne pas être possible de conclure une entente officielle. Dans ces situations de remorquage et de sauvetage « purs », la Convention de Londres de 1989 sur l'assistance permet au sauveteur (qu'il s'agisse d'une compagnie professionnelle ou d'un autre navire de passage) d'intenter ultérieurement une action en dommages et intérêts en fonction du mérite du service et de la valeur du bien récupéré<sup>86</sup>. Ces demandes circuleraient alors dans le cadre de ce projet de Convention.

72 Les types de demandes de remorquage et de sauvetage d'urgence qui pourraient être réglés par voie de litige vont au-delà de la simple détermination de la valeur de l'indemnité pécuniaire. Il peut y avoir un différend quant à savoir à qui la somme devrait être payée<sup>87</sup>. Le sauveteur ou le remorqueur peut avoir commis une faute dans le processus, ce qui permet au propriétaire du navire en détresse de faire valoir un droit à une indemnisation pour les biens en-

dommagés<sup>88</sup>. Le chapitre IV de la Convention de Londres de 1989 sur l'assistance reconnaît également un certain nombre de demandes et d'actions différentes qui peuvent coïncider avec une demande d'indemnisation au titre de l'assistance, concernant des questions telles que le paiement par le propriétaire du navire d'une garantie satisfaisante ou un paiement provisoire dû au sauveteur. Enfin, des actions peuvent être intentées pour des dommages causés à l'environnement lors d'une opération de remorquage ou de sauvetage, bien que les types de ces actions que le projet de Convention reconnaîtrait et exécuterait soient limités par le filtre délictuel de l'article 5(1)(j) aux actions qui ont été intentées soit chez l'armateur défendeur soit dans l'État où l'acte ou l'omission ayant directement causé le dommage est intervenu<sup>89</sup>. Les jugements rendus dans les types de différends énumérés ci-dessus ne sont actuellement couverts par le projet de Convention que dans des circonstances non urgentes, mais s'étendraient aux situations d'urgence si l'exclusion était supprimée.

73 Un certain nombre d'opérations de remorquage et de sauvetage d'urgence peuvent être régies par des mesures obligatoires dans certains États et territoires<sup>90</sup>, et ces opérations peuvent ne pas être considérées comme des actes volontaires admissibles aux indemnités de sauvetage.

74 Si le remorquage ou le sauvetage d'urgence devaient être inclus dans le projet de Convention, les critères de compétence indirecte pertinents seraient ceux de l'article 5(1)(a) à (f), (g) (relatifs aux obligations contractuelles) et (j) (relatifs aux obligations non contractuelles).

#### IV CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS

75 Sur la base de l'analyse qui précède et compte tenu de l'intention de protéger le milieu marin contre la pollution marine et de privilégier le remorquage et le sauvetage d'urgence, la présente Note soumet les deux points suivants à la Session diplomatique pour que celle-ci les examine :

76 Point 1 : en ce qui concerne le remorquage et le sauvetage d'urgence, il est vrai qu'il n'existe pas de règles sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers sur ces matières au niveau international et qu'il peut donc être utile d'envisager de supprimer la référence au « remorquage et [au] sauvetage d'urgence » de l'article 2(1)(g) du projet de Convention et de permettre la circulation des jugements rendus en matière de remorquage et sauvetage d'urgence dans le cadre de ce projet de Convention. Toutefois, étant donné que certaines opérations de remorquage et de sauvetage d'urgence sont des opérations obligatoires réglementées par les autorités des États ou menées sous leur autorité, certains jugements sur les litiges nés de ces opérations peuvent ne pas relever des matières civile ou commerciale couvertes par la future Convention. Cela pourrait signifier que la suppression de l'exclusion du remorquage et du sauvetage d'urgence n'aurait pas d'impact particulier.

77 Point 2 : en ce qui concerne la pollution marine, bien qu'il existe plusieurs instruments internationaux relatifs à la pollution marine traitant de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers, leur champ d'application reste limité en ce qui concerne les matières couvertes. Il

<sup>85</sup> Rien qu'en 2018, 53 demandes de sauvetage ont été introduites en vertu du contrat Lloyd's Open Form, le type le plus populaire de contrat de sauvetage de forme standard. Le tableau des statistiques du Lloyd's Open Form est disponible (en anglais uniquement) sur le site web de Lloyd's, à l'adresse <www.lloyds.com>.

<sup>86</sup> Art. 13 de la Convention de Londres de 1989 sur l'assistance. La Convention de Londres de 1989 sur l'assistance est largement ratifiée, avec 71 Parties contractantes au 12 mars 2019. Les informations sur l'état des Conventions sont disponibles (en anglais uniquement) sur le site web de l'OMI, à l'adresse <www.imo.org>.

<sup>87</sup> *Bartholomew c. Crowley Marine Services Inc.*, 337 F.3d 1083 (9th Cir. 2003).

<sup>88</sup> Art. 8(a) de la Convention de Londres de 1989 sur l'assistance.

<sup>89</sup> H. van Loon, « Principles and building blocks for a global legal framework for transnational civil litigation in environmental matters », *Revue de droit uniforme*, vol. 23(2) 2018, 44.

<sup>90</sup> Voir par ex. la *Wreck and Salvage Act 1996* en Afrique du Sud ; la *Merchant Shipping (Salvage and Wreck) Act 1993* en Irlande ; la *Merchant Shipping Act 1995* au Royaume-Uni.

recognition and enforcement of foreign judgments. As such, it would enhance the access to justice for parties involved in the operation of towage or salvage, and, in particular, provide legal certainty to towage operators or salvors in emergency towage or salvage, thereby encouraging the provision of such services.

70 As raised by the proponents of the proposal, the departure from the wording of the 2005 Choice of Court Convention could be justified by the fact that the operation of the 2005 Convention is based on the exclusive choice of court agreements concluded by the parties, whilst the draft Convention has a wider scope of application, covering both contractual and non-contractual disputes. In addition, application of the draft Convention would eliminate some concerns that favour excluding emergency towage and salvage from the 2005 Convention, including that contracts of salvage or towage could not be concluded or negotiated in some circumstances, because the draft Convention contains other indirect jurisdictional bases that can be applied to emergency towage and salvage-related judgments, such as the habitual residence of the defendant. There is some debate as to how impactful removal of the emergency towage and salvage exclusion would be. To answer this, it may help to consider the scope of the exclusion and types of claims that would fall within it. Many emergency towage and salvage operations conducted through a contract would fall outside the scope of the draft Convention, as they are commonly governed by standard-form contracts that either designate a specific monetary award for a successful operation, or else call for resolution through arbitration.<sup>85</sup> If an emergency towage and salvage contract did recognise litigation as an acceptable dispute resolution mechanism, then a judicial proceeding arising from that contract would be included in this draft Convention's scope.

71 However, other emergency towage and salvage operations are not governed by a contract; when a vessel is in immediate peril, entering into a formal agreement may not be possible. In these "pure" towage and salvage situations, the 1989 London Salvage Convention allows the salvor – whether a professional company or another passing ship – to subsequently sue for an award based on the merit of the service and the value of the salvaged property.<sup>86</sup> Such claims would then circulate under this draft Convention.

72 The types of emergency towage and salvage claims that could be resolved through litigation extend beyond the simple determination of the value of the monetary award. There may be a dispute regarding to whom the award should be paid.<sup>87</sup> The salvor or tower may have committed a fault in the process, allowing the owner of the vessel in distress to claim a right to compensation for damaged prop-

erty.<sup>88</sup> Chapter IV of the 1989 London Salvage Convention also recognises a number of different claims and actions that may coincide with a claim for salvage compensation, concerning matters such as the vessel owner's payment of satisfactory security or an interim payment owed to the salvor. Finally, claims may be brought regarding damage to the environment caused during a towage or salvage operation, although the types of such claims that the draft Convention would recognise and enforce are limited by the Article 5(1)(j) tort filter to those claims that were brought either in the defendant ship operator's home or at the place where the act or omission directly causing the harm occurred.<sup>89</sup> Judgments rendered in the types of disputes listed above are currently only covered by the draft Convention in non-emergency circumstances, but would extend to emergency circumstances should the exclusion be removed.

73 A number of emergency towage and salvage actions may be regulated by mandatory measures in some jurisdictions,<sup>90</sup> and those actions may not be considered voluntary acts eligible for salvage awards.

74 If emergency towage or salvage were to be included in the draft Convention, the relevant indirect jurisdictional filters would be Article 5(1)(a) to (f), (g) (on contractual obligations) and (j) (on non-contractual obligations).

#### IV CONCLUSION AND RECOMMENDATIONS

75 Based on the analysis above and being mindful of the intention of protecting the marine environment against marine pollution and in favour of emergency towage and salvage, this Note draws the following two points for the Diplomatic Session's consideration.

76 Point 1: As to emergency towage and salvage, it is true that there are no rules on the recognition and enforcement of foreign judgments on such matters at the international level, and as such it may be worth considering deleting the reference to "emergency towage and salvage" from Article 2(1)(g) of the draft Convention, and enable judgments ruling on emergency towage and salvage to circulate under the draft Convention. However, since some emergency towage and salvage are mandatory operations regulated by or conducted under States' authorities, certain judgments on the disputes arising from such operations may not be civil or commercial matters covered by the future Convention. This may mean that removing the emergency towage and salvage exclusion would not be particularly impactful.

77 Point 2: As to marine pollution, although there are several international marine pollution-related instruments dealing with recognition and enforcement of foreign judgments, the scopes of their application are limited in the aspect of the subject matters covered. It should, however,

<sup>85</sup> In 2018 alone, 53 salvage claims were brought under the Lloyd's Open Form contract, the most popular type of standard-form salvage contract. The table of statistics for Lloyd's Open Form is available on the Lloyd's website, at <www.lloyds.com>.

<sup>86</sup> Art. 13 of the 1989 London Salvage Convention. The 1989 London Salvage Convention is widely ratified, with 71 Contracting Parties as of 12 March 2019. The information about the status of Conventions is available on the IMO website, at <www.imo.org>.

<sup>87</sup> *Bartholomew v. Crowley Marine Services Inc.*, 337 F.3d 1083 (9th Cir. 2003).

<sup>88</sup> Art. 8(1) of the 1989 London Salvage Convention.

<sup>89</sup> H. van Loon, "Principles and building blocks for a global legal framework for transnational civil litigation in environmental matters", *Uniform Law Review*, Vol. 23(2) 2018, 44.

<sup>90</sup> See for example *Wreck and Salvage Act 1996* in South Africa; *Merchant Shipping (Salvage and Wreck) Act 1993* in Ireland; *Merchant Shipping Act 1995* in the UK.

convient toutefois de noter que l'adhésion à ces différents instruments internationaux est importante. À cet égard, la Session diplomatique est invitée à examiner plus avant s'il serait souhaitable de supprimer la référence à la « pollution marine » de l'article 2(1)(g) du projet de Convention, tout en relevant que les considérations politiques du projet de Convention et les instruments pertinents contenant des régimes de reconnaissance et d'exécution sont identiques, à savoir d'encourager la circulation des jugements et renforcer la sécurité juridique.

- Si cette référence est supprimée, le projet de Convention couvrira les jugements portant sur la pollution marine, obligeant la Session diplomatique à étudier le rapport avec les instruments internationaux existants ou futurs relatifs à la pollution marine qui traitent de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers<sup>91</sup>.
- Si cette référence n'est pas supprimée, les jugements portant sur la pollution marine ne circuleront que conformément aux lois nationales ou aux instruments régionaux.

---

<sup>91</sup> Il convient de noter qu'au moment de la rédaction de cette Note, un groupe de travail informel de la HCCH examine les rapports avec d'autres instruments internationaux.

be noted that the membership to these several international instruments is significant. In this context, the Diplomatic Session would be invited to further consider whether it would be desirable to delete the reference to “marine pollution” from Article 2(1)(g) of the draft Convention, while noting that the policy considerations of the draft Convention and those relevant instruments containing recognition and enforcement regimes are the same, *i.e.*, to encourage the circulation of judgments and increase legal certainty.

- If deleted, the draft Convention will cover judgments ruling on marine pollution, requiring the Diplomatic Session to study the relationship with existing or future international marine pollution-related instruments dealing with recognition and enforcement of foreign judgments.<sup>91</sup>
  
- If not deleted, marine pollution-related judgments will only circulate according to national laws or regional instruments.

---

<sup>91</sup> It should be noted that, at the time of writing, an HCCH informal working group is carrying out the discussion on the relationship with other international instruments.

---

## ANNEXE

## Dispositions figurant dans différentes Conventions concernant la reconnaissance et l'exécution

Convention	Dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution	Dispositions relatives à la compétence juridictionnelle
Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (Convention Responsabilité civile)	<p><i>Article X</i></p> <p>1. Tout jugement d'un tribunal compétent en vertu de l'article IX, qui est exécutoire dans l'État d'origine où il ne peut plus faire l'objet d'un recours ordinaire est reconnu dans tout autre État contractant, sauf:</p> <p>(a) si le jugement a été obtenu frauduleusement ;  (b) si le défendeur n'a pas été averti dans des délais raisonnables et mis en mesure de présenter sa défense.</p> <p>2. Tout jugement qui est reconnu en vertu du paragraphe premier du présent article est exécutoire dans chaque État contractant dès que les procédures exigées dans ledit État ont été remplies. Ces procédures ne sauraient autoriser une révision au fond de la demande.</p>	<p><i>Article IX</i></p> <p>1. Lorsqu'un événement a causé un dommage par pollution sur le territoire y compris la mer territoriale d'un ou de plusieurs États contractants, ou que des mesures de sauvegarde ont été prises pour prévenir ou atténuer tout dommage par pollution sur ces territoires y compris la mer territoriale, il ne peut être présenté de demande d'indemnisation que devant les tribunaux de ce ou de ces États contractants. Avis doit être donné au défendeur, dans un délai raisonnable, de l'introduction de telles demandes.</p> <p>2. Chaque État contractant veille à ce que ses tribunaux aient compétence pour connaître de telles actions en réparation.</p> <p>3. Après la constitution du fonds conformément aux dispositions de l'article V, les tribunaux de l'État où le fonds est constitué sont seuls compétents pour statuer sur toutes questions de répartition et de distribution du fonds.</p>
Convention internationale portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (Convention portant création du Fonds)	<p><i>Article 8</i></p> <p>Sous réserve de toute décision concernant la répartition prévue à l'article 4, paragraphe 5, tout jugement rendu contre le Fonds par un tribunal compétent en vertu de l'article 7, paragraphes 1 et 3, et qui, dans l'État d'origine, est devenu exécutoire et ne peut plus faire l'objet d'un recours ordinaire est reconnu exécutoire dans tout État contractant aux conditions prévues à l'article X de la Convention sur la responsabilité.</p> <p>Note : La Convention sur la responsabilité est celle sur la responsabilité civile mentionnée ci-dessus.</p>	<p><i>Article 7</i></p> <p>1. Sous réserve des dispositions ci-après, il ne peut être intenté d'action en réparation contre le Fonds en vertu de l'article 4, ou aux fins de prise en charge financière en vertu de l'article 5, que devant les juridictions compétentes aux termes de l'article IX de la Convention sur la responsabilité, pour les actions en justice contre le propriétaire qui est responsable des dommages par pollution résultant de l'événement en question ou qui en aurait été responsable en l'absence des dispositions de l'article III, paragraphe 2, de la Convention sur la responsabilité.</p> <p>[...]</p> <p>3. Si une action en réparation de dommage par pollution est intentée devant un tribunal compétent, aux termes de l'article IX de la Convention sur la responsabilité, contre le propriétaire d'un navire ou contre son garant, le tribunal saisi de l'affaire est seul compétent pour connaître de toute demande d'indemnisation du même dommage ou de prise en charge financière s'y rapportant</p>



## ANNEX

## Articles in different Conventions regarding recognition and enforcement

Convention	Provisions on recognition and enforcement	Provisions on jurisdictional bases
International Convention on Civil Liability for Oil Pollution (Civil Liability Convention)	<p><i>Article X</i></p> <p>1. Any judgement given by a Court with jurisdiction in accordance with Article IX which is enforceable in the State of origin where it is no longer subject to ordinary forms of review, shall be recognized in any Contracting State, except:</p> <p>(a) where the judgement was obtained by fraud; or  (b) where the defendant was not given reasonable notice and a fair opportunity to present his case.</p> <p>2. A judgment recognized under paragraph 1 of this Article shall be enforceable in each Contracting State as soon as the formalities required in that State have been complied with. The formalities shall not permit the merits of the case to be re-opened.</p>	<p><i>Article IX</i></p> <p>1. Where an incident has caused pollution damage in the territory including the territorial sea of one or more Contracting States, or preventive measures have been taken to prevent or minimize pollution damage in such territory including the territorial sea, actions for compensation may only be brought in the Courts of any such Contracting State or States. Reasonable notice of any such action shall be given to the defendant.</p> <p>2. Each Contracting State shall ensure that its Courts possess the necessary jurisdiction to entertain such actions for compensation.</p> <p>3. After the fund has been constituted in accordance with Article V the Courts of the State in which the fund is constituted shall be exclusively competent to determine all matters relating to the apportionment and distribution of the fund.</p>
International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage (Fund)	<p><i>Article 8</i></p> <p>Subject to any decision concerning the distribution referred to in Article 4, paragraph 5, any judgment given against the Fund by a court having jurisdiction in accordance with Article 7, paragraphs 1 and 3, shall, when it has become enforceable in the State of origin and is in that State no longer subject to ordinary forms of review, be recognized and enforceable in each Contracting State on the same conditions as are prescribed in Article X of the Liability Convention.</p> <p>Note: the Liability Convention is the Civil Liability Convention mentioned above.</p>	<p><i>Article 7</i></p> <p>1. Subject to the subsequent provisions of this Article, any action against the Fund for compensation under Article 4 or indemnification under Article 5 of this Convention shall be brought only before a court competent under Article IX of the Liability Convention in respect of actions against the owner who is or who would, but for the provisions of Article III, paragraph 2, of that Convention, have been liable for pollution damage caused by the relevant incident.</p> <p>[...]</p> <p>3. Where an action for compensation for pollution damage has been brought before a court competent under Article IX of the Liability Convention against the owner of a ship or his guarantor, such court shall have exclusive jurisdictional competence over any action against the Fund for compensation or indemnification</p>

		introduite contre le Fonds conformément à l'article 4 ou 5 de la présente Convention. Toutefois, si une action en réparation de dommage par pollution est intentée en vertu de la Convention sur la responsabilité devant un tribunal d'un État qui est partie à la Convention sur la responsabilité sans être en même temps partie à la présente Convention, toute action contre le Fonds visée à l'article 4 ou à l'article 5, paragraphe 1, de la présente Convention peut, au choix du demandeur, être intentée soit devant le tribunal compétent de l'État où se trouve le siège principal du Fonds, soit devant tout tribunal d'un État partie à cette Convention et qui a compétence en vertu de l'article IX de la Convention sur la responsabilité.
<p>Protocole de 2003 à la Convention internationale portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (Protocole portant création du fonds de 2003)</p>	<p><i>Article 8</i></p> <p>1. Sous réserve de toute décision concernant la répartition prévue à l'article 4, paragraphe 3, du présent Protocole, tout jugement rendu contre le Fonds complémentaire par un tribunal compétent en vertu de l'article 7 du présent Protocole, et qui, dans l'État d'origine, est devenu exécutoire et ne peut plus faire l'objet d'un recours ordinaire est reconnu exécutoire dans tout État contractant dans les mêmes conditions que celles prévues à l'article X de la Convention de 1992 sur la responsabilité.</p> <p>2. Un État contractant peut appliquer d'autres règles pour la reconnaissance et l'exécution des jugements, sous réserve qu'elles aient pour effet de garantir que les jugements sont reconnus et exécutés dans la même mesure au moins qu'en vertu du paragraphe 1.</p>	<p><i>Article 7</i></p> <p>1. Les dispositions de l'article 7, paragraphes 1, 2, 4, 5 et 6, de la Convention de 1992 portant création du Fonds s'appliquent aux actions en réparation intentées contre le Fonds complémentaire conformément à l'article 4, paragraphe 1, du présent Protocole.</p> <p>2. Si une action en réparation de dommage par pollution est intentée devant un tribunal compétent, aux termes de l'article IX de la Convention de 1992 sur la responsabilité, contre le propriétaire d'un navire ou contre son garant, le tribunal saisi de l'affaire est seul compétent pour connaître de toute demande d'indemnisation du même dommage introduite contre le Fonds complémentaire conformément à l'article 4 du présent Protocole. Toutefois, si une action en réparation de dommage par pollution est intentée en vertu de la Convention de 1992 sur la responsabilité devant un tribunal d'un État contractant à la Convention de 1992 sur la responsabilité mais non au présent Protocole, toute action contre le Fonds complémentaire visée à l'article 4 du présent Protocole peut, au choix du demandeur, être intentée soit devant le tribunal compétent de l'État où se trouve le siège principal du Fonds complémentaire, soit devant tout tribunal d'un État contractant au présent Protocole qui a compétence en vertu de l'article IX de la Convention de 1992 sur la responsabilité.</p> <p>3. Nonobstant le paragraphe 1, si une action en réparation de dommage par pollution contre le Fonds de 1992 est intentée devant un tribunal d'un État contractant à la Convention de 1992 portant création du Fonds mais non au présent Protocole, toute action apparentée contre le Fonds complémentaire peut, au choix du demandeur, être intentée soit devant le tribunal compétent de l'État où se trouve le siège principal du Fonds complémentaire soit devant tout tribunal d'un État contractant qui a compétence en vertu du paragraphe 1.</p>

		<p>under the provisions of Article 4 or 5 of this Convention in respect of the same damage. However, where an action for compensation for pollution damage under the Liability Convention has been brought before a court in a State Party to the Liability Convention but not to this Convention, any action against the Fund under Article 4 or under Article 5, paragraph 1, of this Convention shall at the option of the claimant be brought either before a court of the State where the Fund has its headquarters or before any court of a State Party to this Convention competent under Article IX of the Liability Convention.</p>
<p>Protocol of 2003 to the International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage (Fund 2003 Protocol)</p>	<p><i>Article 8</i></p> <p>1. Subject to any decision concerning the distribution referred to in article 4, paragraph 3 of this Protocol, any judgment given against the Supplementary Fund by a court having jurisdiction in accordance with article 7 of this Protocol, shall, when it has become enforceable in the State of origin and is in that State no longer subject to ordinary forms of review, be recognized and enforceable in each Contracting State on the same conditions as are prescribed in article X of the 1992 Liability Convention.</p> <p>2. A Contracting State may apply other rules for the recognition and enforcement of judgments, provided that their effect is to ensure that judgments are recognised and enforced at least to the same extent as under paragraph 1.</p>	<p><i>Article 7</i></p> <p>1. The provisions of article 7, paragraphs 1, 2, 4, 5 and 6, of the 1992 Fund Convention shall apply to actions for compensation brought against the Supplementary Fund in accordance with article 4, paragraph 1, of this Protocol.</p> <p>2. Where an action for compensation for pollution damage has been brought before a court competent under article IX of the 1992 Liability Convention against the owner of a ship or his guarantor, such court shall have exclusive jurisdictional competence over any action against the Supplementary Fund for compensation under the provisions of article 4 of this Protocol in respect of the same damage. However, where an action for compensation for pollution damage under the 1992 Liability Convention has been brought before a court in a Contracting State to the 1992 Liability Convention but not to this Protocol, any action against the Supplementary Fund under article 4 of this Protocol shall at the option of the claimant be brought either before a court of the State where the Supplementary Fund has its headquarters or before any court of a Contracting State to this Protocol competent under article IX of the 1992 Liability Convention.</p> <p>3. Notwithstanding paragraph 1, where an action for compensation for pollution damage against the 1992 Fund has been brought before a court in a Contracting State to the 1992 Fund Convention but not to this Protocol, any related action against the Supplementary Fund shall, at the option of the claimant, be brought either before a court of the State where the Supplementary Fund has its headquarters or before any court of a Contracting State competent under paragraph 1.</p>

<p>Convention internationale de 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses (Convention SNPD)</p>	<p><b>Reconnaissance et exécution des jugements</b></p> <p><b>Article 40</b></p> <p>1. Tout jugement rendu par un tribunal compétent conformément à l'article 38, qui est exécutoire dans l'État d'origine et ne peut plus y faire l'objet d'un recours ordinaire, est reconnu dans tout État Partie, sauf :</p> <p>a) si le jugement a été obtenu frauduleusement ; ou</p> <p>b) si le défendeur n'a pas été averti dans des délais raisonnables et mis en mesure de présenter sa défense.</p> <p>2. Tout jugement qui est reconnu en vertu du paragraphe 1 est exécutoire dans chaque État Partie dès que les procédures requises dans cet État ont été remplies. Ces procédures ne sauraient autoriser une révision au fond de la demande.</p> <p>3. Sous réserve de toute décision concernant la répartition prévue au paragraphe 6 de l'article 14, tout jugement qui est rendu contre le Fonds SNPD par un tribunal compétent en vertu des paragraphes 1 et 3 de l'article 39 et qui, dans l'État d'origine, est devenu exécutoire et ne peut plus faire l'objet d'un recours ordinaire, est reconnu exécutoire dans tout État Partie.</p>	<p><b>Tribunaux compétents pour connaître des actions intentées contre le propriétaire</b></p> <p><b>Article 38</b></p> <p>1. Lorsqu'un événement a causé un dommage sur le territoire, y compris la mer territoriale, ou dans une zone visée au paragraphe b) de l'article 3, d'un ou de plusieurs États Parties, ou que des mesures de sauvegarde ont été prises pour prévenir ou limiter tout dommage sur ce territoire, y compris la mer territoriale, ou dans cette zone, il ne peut être présenté de demande d'indemnisation contre le propriétaire ou l'autre personne fournissant la garantie financière pour la responsabilité du propriétaire que devant les tribunaux de ces États Parties.</p> <p>2. Lorsqu'un événement a causé un dommage exclusivement à l'extérieur du territoire, y compris la mer territoriale, d'un quelconque État et que soit les conditions prévues au paragraphe c) de l'article 3 pour l'application de la présente Convention ont été remplies soit des mesures de sauvegarde ont été prises pour prévenir ou limiter ce dommage, il ne peut être présenté de demande d'indemnisation contre le propriétaire ou l'autre personne fournissant la garantie financière pour la responsabilité du propriétaire que devant les tribunaux :</p> <p>a) de l'État Partie où le navire est immatriculé ou, dans le cas d'un navire non immatriculé, de l'État Partie dont le navire est autorisé à battre le pavillon ; ou</p> <p>b) de l'État Partie où le propriétaire a sa résidence habituelle ou son établissement principal ; ou</p> <p>c) de l'État Partie où un fonds a été constitué conformément au paragraphe 3 de l'article 9.</p> <p>3. Un préavis raisonnable est donné au défendeur pour toute action intentée en vertu du paragraphe 1 ou 2.</p> <p>4. Chaque État Partie veille à ce que ses tribunaux aient compétence pour connaître de telles actions en réparation en vertu de la présente Convention.</p> <p>5. Après la constitution d'un fonds en vertu de l'article 9 par le propriétaire, l'assureur ou une autre personne fournissant la garantie financière conformément à l'article 12, les tribunaux de l'État où le fonds est constitué sont seuls compétents pour statuer sur toutes les questions relatives à la répartition et à la distribution du fonds.</p>
--	--	--

<p>International Convention on Liability and Compensation for Damage in connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea, 1996 (HNS Convention)</p>	<p><b>Recognition and enforcement</b></p> <p><b>Article 40</b></p> <p>1. Any judgement given by a court with jurisdiction in accordance with article 38, which is enforceable in the State of origin where it is no longer subject to ordinary forms of review, shall be recognized in any State Party, except:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) where the judgement was obtained by fraud; or</li> <li>(b) where the defendant was not given reasonable notice and a fair opportunity to present the case.</li> </ul> <p>2. A judgement recognized under paragraph 1 shall be enforceable in each State Party as soon as the formalities required in that State have been complied with. The formalities shall not permit the merits of the case to be re-opened.</p> <p>3. Subject to any decision concerning the distribution referred to in article 14, paragraph 6, any judgement given against the HNS Fund by a court having jurisdiction in accordance with article 39, paragraphs 1 and 3 shall, when it has become enforceable in the State of origin and is in that State no longer subject to ordinary forms of review, be recognized and enforceable in each State Party.</p>	<p><b>Jurisdiction in respect of action against the owner</b></p> <p><b>Article 38</b></p> <p>1. Where an incident has caused damage in the territory, including the territorial sea or in an area referred to in article 3(b), of one or more States Parties, or preventive measures have been taken to prevent or minimize damage in such territory including the territorial sea or in such area, actions for compensation may be brought against the owner or other person providing financial security for the owner's liability only in the courts of any such States Parties.</p> <p>2. Where an incident has caused damage exclusively outside the territory, including the territorial sea, of any State and either the conditions for application of this Convention set out in article 3(c) have been fulfilled or preventive measures to prevent or minimize such damage have been taken, actions for compensation may be brought against the owner or other person providing financial security for the owner's liability only in the courts of:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) the State Party where the ship is registered or, in the case of an unregistered ship, the State Party whose flag the ship is entitled to fly; or</li> <li>(b) the State Party where the owner has habitual residence or where the principal place of business of the owner is established; or</li> <li>(c) the State Party where a fund has been constituted in accordance with article 9, paragraph 3.</li> </ul> <p>3. Reasonable notice of any action taken under paragraph 1 or 2 shall be given to the defendant.</p> <p>4. Each State Party shall ensure that its courts have jurisdiction to entertain actions for compensation under this Convention.</p> <p>5. After a fund under article 9 has been constituted by the owner or by the insurer or other person providing financial security in accordance with article 12, the courts of the State in which such fund is constituted shall have exclusive jurisdiction to determine all matters relating to the apportionment and distribution of the fund.</p>
--	--	--

		<p><b>Tribunaux compétents pour connaître des actions intentées contre le Fonds SNPD ou par le Fonds SNPD</b></p> <p><b>Article 39</b></p> <p>1. Sous réserve des dispositions ci-après du présent article, il ne peut être intenté d'action en réparation contre le Fonds SNPD en vertu de l'article 14 que devant les juridictions compétentes en vertu de l'article 38 pour les actions en justice contre le propriétaire qui est responsable des dommages résultant de l'événement en question, ou devant un tribunal dans un État Partie qui aurait été compétent si un propriétaire avait été responsable.</p> <p>[...]</p> <p>3. Chaque État Partie veille à ce que ses tribunaux aient compétence pour connaître de toute action contre le Fonds SNPD visée au paragraphe 1.</p>
<p>Protocole sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux</p> <p>(Protocole de Bâle)</p>	<p style="text-align: center;"><b>ARTICLE 21</b></p> <p style="text-align: center;"><b>Reconnaissance mutuelle et exécution des jugements</b></p> <p>1. Tout jugement d'un tribunal compétent en vertu de l'article 17 du Protocole, qui est exécutoire dans l'État d'origine et ne peut plus faire l'objet d'un recours ordinaire, est reconnu dans toute autre Partie contractante, dès que les formalités exigées par cette Partie ont été accomplies, sauf :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Si le jugement est obtenu frauduleusement ;</li> <li>b) Si le défendeur n'a pas été averti dans des délais raisonnables et n'est pas en mesure de présenter sa défense ;</li> <li>c) Si le jugement est inconciliable avec une décision antérieure rendue conformément à la loi d'une autre Partie contractante dans un litige ayant le même objet et entre les mêmes Parties ;</li> <li>d) Si le jugement est contraire à l'ordre public de la Partie contractante dont on cherche à obtenir la reconnaissance.</li> </ul> <p>2. Tout jugement reconnu conformément au paragraphe 1 du présent article est exécutoire dans chaque Partie contractante dès que les formalités exigées par cette Partie ont été accomplies. Les formalités ne permettent pas de procéder à une révision au fond de la demande.</p> <p>3. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article ne s'appliquent pas aux Parties contractantes qui sont Parties à un accord ou à un arrangement en vigueur concernant la reconnaissance mutuelle et l'exécution de jugements en vertu desquels le jugement serait reconnu et exécutoire.</p>	<p style="text-align: center;"><b>ARTICLE 17</b></p> <p style="text-align: center;"><b>Juridictions compétentes</b></p> <p>1. Ne peuvent être saisies des demandes d'indemnisation en vertu du Protocole que les tribunaux des Parties contractantes du lieu où :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Le dommage a été subi ;</li> <li>b) L'incident a eu lieu ;</li> <li>c) Le défendeur a son domicile, ou son principal établissement.</li> </ul> <p>2. Chaque Partie contractante s'assure que ses tribunaux ont compétence pour examiner ces demandes d'indemnisation.</p>

		<p><b>Jurisdiction in respect of action against the HNS Fund or taken by the HNS Fund</b></p> <p><b>Article 39</b></p> <p>1. Subject to the subsequent provisions of this article, any action against the HNS Fund for compensation under article 14 shall be brought only before a court having jurisdiction under article 38 in respect of actions against the owner who is liable for damage caused by the relevant incident or before a court in a State Party which would have been competent if an owner had been liable.</p> <p>[...]</p> <p>3. Each State Party shall ensure that its courts have jurisdiction to entertain such actions against the HNS Fund as are referred to in paragraph 1.</p>
<p>Protocol on Liability and Compensation for Damage Resulting from Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal</p> <p>(Basel Protocol)</p>	<p style="text-align: center;"><b>ARTICLE 21</b></p> <p style="text-align: center;"><b>Mutual recognition and enforcement of judgements</b></p> <p>1. Any judgement of a court having jurisdiction in accordance with Article 17 of the Protocol, which is enforceable in the State of origin and is no longer subject to ordinary forms of review, shall be recognized in any Contracting Party as soon as the formalities required in that Party have been completed, except:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) Where the judgement was obtained by fraud;</li> <li>(b) Where the defendant was not given reasonable notice and a fair opportunity to present his case;</li> <li>(c) Where the judgement is irreconcilable with an earlier judgement validly pronounced in another Contracting Party with regard to the same cause of action and the same parties; or</li> <li>(d) Where the judgement is contrary to the public policy of the Contracting Party in which its recognition is sought.</li> </ul> <p>2. A judgement recognized under paragraph 1 of this Article shall be enforceable in each Contracting Party as soon as the formalities required in that Party have been completed. The formalities shall not permit the merits of the case to be re-opened.</p> <p>3. The provisions of paragraphs 1 and 2 of this Article shall not apply between Contracting Parties that are Parties to an agreement or arrangement in force on mutual recognition and enforcement of judgements under which the judgement would be recognizable and enforceable.</p>	<p style="text-align: center;"><b>ARTICLE 17</b></p> <p style="text-align: center;"><b>Competent courts</b></p> <p>1. Claims for compensation under the Protocol may be brought in the courts of a Contracting Party only where either:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) The damage was suffered; or</li> <li>(b) The incident occurred; or</li> <li>(c) The defendant has his habitual residence, or has his principal place of business.</li> </ul> <p>2. Each Contracting Party shall ensure that its courts possess the necessary competence to entertain such claims for compensation.</p>

<p>Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute (Convention Hydrocarbures de soute)</p>	<p style="text-align: center;"><b>ARTICLE 10</b> <b>Reconnaissance et exécution des jugements</b></p> <p>1. Tout jugement rendu par un tribunal compétent en vertu de l'article 9, qui est exécutoire dans l'État d'origine où il ne peut plus faire l'objet d'un recours ordinaire est reconnu dans tout État Partie, sauf :</p> <p>a) si le jugement a été obtenu frauduleusement ; ou b) si le défendeur n'a pas été averti dans des délais raisonnables et mis en mesure de préparer sa défense.</p> <p>2. Tout jugement qui est reconnu en vertu du par. 1 est exécutoire dans chaque État Partie dès que les procédures requises dans cet État ont été remplies. Ces procédures ne sauraient autoriser une révision au fond de la demande.</p>	<p style="text-align: center;"><b>ARTICLE 9</b> <b>Tribunaux compétents</b></p> <p>1. Lorsqu'un événement a causé un dommage par pollution sur le territoire, y compris la mer territoriale, ou dans une zone visée à l'article 2 a) ii) d'un ou de plusieurs États Parties, ou que des mesures de sauvegarde ont été prises pour prévenir ou limiter tout dommage par pollution sur ce territoire, y compris la mer territoriale, ou dans cette zone, des actions en réparation contre le propriétaire du navire, l'assureur ou l'autre personne fournissant la garantie financière pour la responsabilité du propriétaire du navire ne peuvent être présentées que devant les tribunaux de ces États Parties.</p> <p>2. Un préavis raisonnable est donné à chaque défendeur pour toute action intentée en vertu du par. 1.</p> <p>3. Chaque État Partie veille à ce que ses tribunaux aient compétence pour connaître de telles actions en réparation en vertu de la présente Convention.</p>
---	--	---



<p>The International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage (Bunker Convention)</p>	<p style="text-align: center;">ARTICLE 10 <b>Recognition and enforcement</b></p> <p>1. Any judgement given by a Court with jurisdiction in accordance with article 9 which is enforceable in the State of origin where it is no longer subject to ordinary forms of review, shall be recognised in any State Party, except:</p> <p>(a) where the judgement was obtained by fraud; or (b) where the defendant was not given reasonable notice and a fair opportunity to present his or her case.</p> <p>2. A judgement recognised under paragraph 1 shall be enforceable in each State Party as soon as the formalities required in that State have been complied with. The formalities shall not permit the merits of the case to be re-opened.</p>	<p style="text-align: center;">ARTICLE 9 <b>Jurisdiction</b></p> <p>1. Where an incident has caused pollution damage in the territory, including the territorial sea, or in an area referred to in article 2(a) (ii) of one or more States Parties, or preventive measures have been taken to prevent or minimise pollution damage in such territory, including the territorial sea, or in such area, actions for compensation against the shipowner, insurer or other person providing security for the shipowner's liability may be brought only in the courts of any such States Parties.</p> <p>2. Reasonable notice of any action taken under paragraph 1 shall be given to each defendant.</p> <p>3. Each State Party shall ensure that its courts have jurisdiction to entertain actions for compensation under this Convention.</p>
--	---	---



# Table

Table des matières			
		<i>Rapport du Groupe de travail informel II – Tribunaux communs</i>	16
		<i>Rapport du Groupe de travail informel III – Rapport avec d'autres instruments internationaux</i>	22
		<i>Rapport du Groupe de travail informel III – Rapport avec d'autres instruments internationaux (REV)</i>	32
		<i>Rapport du Groupe de travail informel III – Rapport avec d'autres instruments internationaux (REV REV)</i>	42
		<i>Rapport du Groupe de travail informel I – Droits de propriété intellectuelle</i>	52
	page		
CAHIER 1		CAHIER 3	
<i>Avis au lecteur</i>	5	<i>Avis au lecteur</i>	5
<b>Vingt-deuxième session – Travaux préliminaires</b>	7	<b>Commission spéciale</b>	7
<i>Liste des Documents préliminaires</i>	8	<i>Liste des participants</i>	8
<i>Convention sur les jugements : Rapport explicatif préliminaire révisé</i>	10	<i>Documents de travail de la Commission spéciale de juin 2016</i>	19
<i>Éventuelle exclusion du champ d'application de la Convention des entraves à la concurrence, tel qu'il en ressort de l'article 2(1)(p) du projet de Convention de 2018</i>	126	Documents de travail Nos 1 à 5	19
<i>Régime des condamnations au paiement d'une sanction en cas d'inexécution de jugements non pécuniaires en vertu du projet de Convention de 2018</i>	142	Documents de travail Nos 6 à 22	28
<i>Note concernant l'« ouverture » des Conventions de la HCCH</i>	160	Documents de travail Nos 23 à 35	32
<i>Note concernant les « tribunaux communs » visés à l'article 4(5) et (6) du projet de Convention de 2018</i>	208	Documents de travail Nos 36 à 40	35
<i>Délais de prescription pour l'exécution des jugements étrangers dans le cadre du projet de Convention de 2018</i>	264	Document de travail No 41	38
<i>Note sur le réexamen de l'inclusion de la « pollution marine » ainsi que « remorquage et sauvetage d'urgence » dans le champ d'application du projet de Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale</i>	288	Documents de travail Nos 42 à 48	46
		Documents de travail Nos 49 à 60	47
		Documents de travail Nos 61 à 69	49
		Document de travail No 70	51
		Documents de travail Nos 71 à 75	60
		Document de travail No 76	61
		<i>Aide-mémoire du Président de la Commission spéciale de juin 2016</i>	70
		<i>Documents de travail de la Commission spéciale de février 2017</i>	86
		Document de travail No 77	86
		Document de travail No 78	90
		Documents de travail Nos 79 à 88	105
		Documents de travail Nos 89 à 107	108
		Documents de travail Nos 108 à 129	112
		Document de travail No 130	117
		Documents de travail Nos 131 à 149	125
CAHIER 2			
<i>Avis au lecteur</i>	5		
<b>Rapports des Groupes de travail</b>	7		
<i>Rapport du Groupe de travail informel IV – Déclarations relatives aux jugements concernant des gouvernements</i>	8		
<i>Rapport du Groupe de travail informel V – Exclusion éventuelle des entraves à la concurrence</i>	12		

Table of contents			
		<i>Report of informal working group II – Common courts</i>	17
		<i>Report of informal working group III – Relationship with other international instruments</i>	23
		<i>Report of informal working group III – Relationship with other international instruments (REV)</i>	33
		<i>Report of informal working group III – Relationship with other international instruments (REV REV)</i>	43
		<i>Report of informal working group I – Intellectual property rights</i>	53
	page		
BOOK 1		BOOK 3	
<i>Notice to the reader</i>	5	<i>Notice to the reader</i>	5
<b>Twenty-Second Session – Preliminary work</b>	7	<b>Special Commission</b>	7
<i>List of Preliminary Documents</i>	9	<i>List of participants</i>	8
<i>Judgments Convention: Revised Draft Explanatory Report</i>	11	<i>Working Documents of the Special Commission of June 2016</i>	19
<i>The possible exclusion of anti-trust matters from the Convention as reflected in Article 2(1)(p) of the 2018 draft Convention</i>	127	Working Documents Nos 1 to 5	19
		Working Documents Nos 6 to 22	28
		Working Documents Nos 23 to 35	32
<i>Treatment of penalty orders that are imposed on the non-compliance with non-monetary judgments under the 2018 draft Convention</i>	143	Working Documents Nos 36 to 40	35
		Working Document No 41	38
<i>Note on the “openness” of HCCH Conventions</i>	161	Working Documents Nos 42 to 48	46
		Working Documents Nos 49 to 60	47
<i>Note on “common courts” in Article 4(5) and (6) of the 2018 draft Convention</i>	209	Working Documents Nos 61 to 69	49
		Working Document No 70	51
<i>Limitation period on the enforcement of foreign judgments in the context of the 2018 draft Convention</i>	265	Working Documents Nos 71 to 75	60
		Working Document No 76	61
<i>Note on reconsidering “marine pollution” and “emergency towage and salvage” within the scope of the draft Convention on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters</i>	289	<i>Aide memoire of the Chair of the Special Commission of June 2016</i>	71
		<i>Working Documents of the Special Commission of February 2017</i>	86
		Working Document No 77	86
		Working Document No 78	90
		Working Documents Nos 79 to 88	105
		Working Documents Nos 89 to 107	108
<i>Report of informal working group IV – Declarations with respect to judgments pertaining to governments</i>	9	Working Documents Nos 108 to 129	112
		Working Document No 130	117
<i>Report of informal working group V – Possible exclusion of anti-trust (competition) matters</i>	13	Working Documents Nos 131 to 149	125
<i>Table of contents</i>		<i>Table of contents</i>	323

Documents de travail Nos 150 à 157	138	Document de travail No 28	47
Documents de travail Nos 158 à 164	140	Document de travail No 29	47
Document de travail No 165	142	Document de travail No 30	48
Documents de travail Nos 166 à 169	156	Document de travail No 31	49
Document de travail No 170	157	Documents de travail Nos 32 à 34	49
Document de travail No 170 REV	173	Documents de travail Nos 35 à 39	50
<i>Aide-mémoire du Président de la Commission spéciale de février 2017</i>	188	Documents de travail Nos 40 à 45	54
<i>Documents de travail de la Commission spéciale de novembre 2017</i>	206	Document de travail No 46	55
Document de travail No 171	206	Documents de travail Nos 47 à 49	56
Documents de travail Nos 172 à 213	207	Document de travail No 50	58
Documents de travail Nos 214 à 225	225	Documents de travail Nos 51 à 60	72
Document de travail No 226	230	Documents de travail Nos 61 à 67	75
Documents de travail Nos 227 à 230	231	Documents de travail Nos 68 à 76	78
Documents de travail Nos 231 à 233	233	Documents de travail Nos 77 à 85	82
Documents de travail Nos 234 et 235	234	Documents de travail Nos 86 à 90	86
Document de travail No 236	236	Document de travail No 91	89
Document de travail No 236 REV	252	Document de travail No 92	105
<i>Aide-mémoire du Président de la Commission spéciale de novembre 2017</i>	266	Document de travail No 92 REV	119
<i>Documents de travail de la Commission spéciale de mai 2018</i>	276	Documents de travail Nos 93 et 94	133
Documents de travail Nos 237 à 260	276	Document de travail No 95	137
Document de travail No 261	302	Document de travail No 96	139
Document de travail No 262	303	Document de travail No 97	153
Document de travail No 262 REV	318	<i>Procès-verbaux de la Première commission</i>	167
Document de travail No 263	334	Procès-verbal No 1	168
Documents de travail Nos 264 et 265	334	Procès-verbal No 2	177
<i>Aide-mémoire du Président de la Commission spéciale de mai 2018</i>	336	Procès-verbal No 3	184
CAHIER 4		Procès-verbal No 4	197
<i>Avis au lecteur</i>	5	Procès-verbal No 5	206
<b>Vingt-deuxième session – Actes</b>	7	Procès-verbal No 6	217
<i>Documents de travail de la Première commission</i>	9	Procès-verbal No 7	225
Document de travail No 1	10	Procès-verbal No 8	235
Documents de travail Nos 2 et 3	25	Procès-verbal No 9	246
Documents de travail Nos 4 à 27	30	Procès-verbal No 10	252
		Procès-verbal No 11	261
		Procès-verbal No 12	267
		Procès-verbal No 13	276

Working Documents Nos 150 to 157	138	Working Document No 28	47
Working Documents Nos 158 to 164	140	Working Document No 29	47
Working Document No 165	142	Working Document No 30	48
Working Documents Nos 166 to 169	156	Working Document No 31	49
Working Document No 170	157	Working Documents Nos 32 to 34	49
Working Document No 170 REV	173	Working Documents Nos 35 to 39	50
<i>Aide memoire of the Chair of the Special Commission of February 2017</i>	189	Working Documents Nos 40 to 45	54
<i>Working Documents of the Special Commission of November 2017</i>	206	Working Document No 46	55
Working Document No 171	206	Working Documents Nos 47 to 49	56
Working Documents Nos 172 to 213	207	Working Document No 50	58
Working Documents Nos 214 to 225	225	Working Documents Nos 51 to 60	72
Working Document No 226	230	Working Documents Nos 61 to 67	75
Working Documents Nos 227 to 230	231	Working Documents Nos 68 to 76	78
Working Documents Nos 231 to 233	233	Working Documents Nos 77 to 85	82
Working Documents Nos 234 and 235	234	Working Documents Nos 86 to 90	86
Working Document No 236	236	Working Document No 91	89
Working Document No 236 REV	252	Working Document No 92	105
<i>Aide memoire of the Chair of the Special Commission of November 2017</i>	267	Working Document No 92 REV	119
<i>Working Documents of the Special Commission of May 2018</i>	276	Working Documents Nos 93 and 94	133
Working Documents Nos 237 to 260	276	Working Document No 95	137
Working Document No 261	302	Working Document No 96	139
Working Document No 262	303	Working Document No 97	153
Working Document No 262 REV	318	<i>Minutes of the First Commission</i>	167
Working Document No 263	334	Minutes No 1	168
Working Documents Nos 264 and 265	334	Minutes No 2	177
<i>Aide memoire of the Chair of the Special Commission of May 2018</i>	337	Minutes No 3	184
BOOK 4		Minutes No 4	197
<i>Notice to the reader</i>	5	Minutes No 5	206
<b>Twenty-Second Session – Acts</b>	7	Minutes No 6	217
<i>Working Documents of the First Commission</i>	9	Minutes No 7	225
Working Document No 1	10	Minutes No 8	235
Working Documents Nos 2 and 3	25	Minutes No 9	246
Working Documents Nos 4 to 27	30	Minutes No 10	252
		Minutes No 11	261
		Minutes No 12	267
		Minutes No 13	276

Procès-verbal No 14	291
Procès-verbal No 15	301
Procès-verbal No 16	313
Procès-verbal No 17	323
Procès-verbal No 18	329
Procès-verbal No 19	337
Procès-verbal No 20	347
<i>Séances plénières</i>	349
Procès-verbal No 2	350
Extrait du Procès-verbal de la Séance de clôture	350
CAHIER 5	
<i>Avis au lecteur</i>	5
<i>Convention adoptée</i>	8
Formulaire recommandé	22
<i>Rapport explicatif de Francisco Garcimartín et Geneviève Saumier</i>	32



Minutes No 14	291
Minutes No 15	301
Minutes No 16	313
Minutes No 17	323
Minutes No 18	329
Minutes No 19	337
Minutes No 20	347
<i>Plenary Sessions</i>	349
Minutes No 2	350
Extract from the Minutes of the Closing Session	350
BOOK 5	
<i>Notice to the reader</i>	5
<i>Convention adopted</i>	9
Recommended form	23
<i>Explanatory Report by Francisco Garcimartín and Geneviève Saumier</i>	33

