

CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE  
HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW

EXECUTION DES JUGEMENTS  
ENFORCEMENT OF JUDGMENTS

Doc. préI. No 11  
Prel. Doc. No 11  
août / August 2000

**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**

\* \* \*

**PRELIMINARY DRAFT CONVENTION ON JURISDICTION AND FOREIGN  
JUDGMENTS IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS**

**adopted by the Special Commission**

**and**

**REPORT BY PETER NYGH AND FAUSTO POCAR**

*Document préliminaire No 11 d'août 2000  
à l'intention de la Dix-neuvième session de juin 2001*

*Preliminary Document No 11 of August 2000  
for the attention of the Nineteenth Session of June 2001*

**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**

*version modifiée (nouvelle numérotation des articles)*

**AVANT-PROJET DE CONVENTION  
SUR LA COMPÉTENCE ET LES JUGEMENTS ÉTRANGERS  
EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE<sup>1</sup>**

adopté par la Commission spéciale  
le 30 octobre 1999

***version modifiée (nouvelle numérotation des articles)***

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

*Article premier*      *Champ d'application matériel*

1. La Convention s'applique en matière civile et commerciale. Elle ne comprend pas, notamment, les matières fiscales, douanières et administratives.
2. Sont exclus du domaine de la Convention:
  - a) l'état et la capacité des personnes;
  - b) les obligations alimentaires;
  - c) les régimes matrimoniaux et les autres effets du mariage ou de relations analogues;
  - d) les testaments et successions;
  - e) l'insolvabilité, les concordats et procédures analogues;
  - f) la sécurité sociale;
  - g) l'arbitrage et les procédures y afférentes;
  - h) les matières maritimes.
3. Un litige n'est pas exclu du domaine de la Convention du seul fait qu'un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute autre personne agissant pour le compte de l'Etat y est partie.
4. La Convention n'affecte pas les privilèges et immunités dont jouissent les Etats souverains, leurs émanations ou les organisations internationales.

---

<sup>1</sup> La Commission spéciale a examiné le fonctionnement des dispositions de cet avant-projet de Convention pour les besoins du commerce électronique. Cette question sera à nouveau examinée par un Groupe d'experts spécialisés réunis au début de l'année 2000.

*Article 2 Champ d'application territorial*

1. Les dispositions du chapitre II s'appliquent devant les tribunaux d'un Etat contractant sauf si toutes les parties ont leur résidence habituelle dans cet Etat. Toutefois, même si toutes les parties ont leur résidence habituelle dans cet Etat:

- a) l'article 4 s'applique si elles sont convenues d'un tribunal ou des tribunaux d'un autre Etat contractant pour connaître du différend;
- b) l'article 12, relatif aux compétences exclusives, s'applique;
- c) les articles 21 et 22 s'appliquent lorsque le tribunal doit déterminer s'il y a lieu de renoncer à exercer sa compétence ou de suspendre la procédure au motif que les tribunaux d'un autre Etat contractant devraient statuer sur le litige.

2. Les dispositions du chapitre III s'appliquent à la reconnaissance et à l'exécution dans un Etat contractant d'un jugement rendu dans un autre Etat contractant.

## CHAPITRE II – COMPETENCE

*Article 3 For du défendeur*

1. Sous réserve des dispositions de la Convention, un défendeur peut être attiré devant les tribunaux de l'Etat de sa résidence habituelle.

2. Aux fins de la Convention, une entité ou une personne autre qu'une personne physique est réputée être habituellement résidente dans l'Etat:

- a) de son siège statutaire,
- b) selon la loi duquel elle a été constituée,
- c) de son administration centrale, ou
- d) de son principal établissement.

*Article 4 Election de for*

1. Si les parties sont convenues d'un tribunal ou des tribunaux d'un Etat contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou ces tribunaux sont seuls compétents à moins que les parties n'en aient décidé autrement. Si une convention désigne à titre exclusif un tribunal ou des tribunaux d'un Etat non contractant, les tribunaux des Etats contractants se déclarent incompétents ou sursoient à statuer, sauf si le tribunal ou les tribunaux choisis se sont eux-mêmes déclarés incompétents.

2. Une telle convention au sens du paragraphe premier est valable en la forme si elle a été conclue ou confirmée:

- a) par écrit;
- b) par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement;
- c) conformément à un usage régulièrement suivi par les parties;
- d) conformément à un usage dont les parties avaient ou étaient censées avoir connaissance et régulièrement observé par les parties à des contrats de même nature dans la branche commerciale en cause.

3. Les conventions attributives de juridiction ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de trust sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 7, 8 et 12.

#### *Article 5 Comparution du défendeur*

1. Sous réserve de l'article 12, est compétent le tribunal devant lequel le défendeur procède au fond sans contester la compétence.

2. Le défendeur a le droit de contester la compétence du tribunal au plus tard au moment de sa première défense au fond.

#### *Article 6 Contrats*

Le demandeur peut introduire une action contractuelle devant les tribunaux de l'Etat dans lequel:

- a) en matière de fourniture d'objets mobiliers corporels, ceux-ci ont été fournis en tout ou en partie;
- b) en matière de prestation de services, les services ont été rendus en tout ou en partie;
- c) en matière de contrats portant à la fois sur une fourniture d'objets mobiliers corporels et une prestation de services, l'obligation principale a été exécutée en tout ou en partie.

#### *Article 7 Contrats conclus par les consommateurs*

1. Le demandeur qui a conclu un contrat pour un usage étranger à son activité professionnelle ou commerciale, ci-après dénommé le consommateur, peut introduire une action devant les tribunaux de l'Etat de sa résidence habituelle, si

- a) la conclusion du contrat sur lequel la demande est fondée est liée aux activités professionnelles ou commerciales que le défendeur a exercées dans cet Etat, ou dirigé vers cet Etat, en particulier en sollicitant des affaires par des moyens de publicité, et

- b) les démarches nécessaires à la conclusion du contrat ont été accomplies par le consommateur dans cet Etat.

2. Une action intentée contre le consommateur ne peut être portée par la personne qui a conclu le contrat dans le cadre de ses activités professionnelles ou commerciales que devant les tribunaux de l'Etat de la résidence habituelle du consommateur.

3. Les parties à un contrat au sens du paragraphe premier peuvent convenir d'une élection de for dans une convention conforme aux dispositions de l'article 4:

- a) si leur convention est postérieure au différend; ou
- b) seulement dans la mesure où elle permet au consommateur de saisir un autre tribunal.

#### *Article 8 Contrats individuels de travail*

1. En matière de contrat individuel de travail:

- a) le travailleur peut introduire une action contre l'employeur,
  - i) devant les tribunaux de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail ou devant les tribunaux de l'Etat du dernier lieu où il a accompli habituellement son travail, ou
  - ii) lorsque le travailleur n'accomplit pas ou n'a pas accompli son travail habituellement dans le même Etat, devant les tribunaux de l'Etat où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur;
- b) l'employeur peut introduire une action contre le travailleur,
  - i) devant les tribunaux de l'Etat de la résidence habituelle du travailleur, ou
  - ii) devant les tribunaux de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail.

2. Les parties à un contrat au sens du paragraphe premier peuvent convenir d'une élection de for dans une convention conforme aux dispositions de l'article 4:

- a) si leur convention est postérieure à la naissance du différend, ou
- b) seulement dans la mesure où elle permet au travailleur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués au présent article et à l'article 3 de la Convention.

#### *Article 9 Succursales [et activité commerciale habituelle]*

Le demandeur peut introduire une action devant les tribunaux de l'Etat dans lequel est situé une succursale, agence ou tout autre établissement du défendeur [, ou dans lequel le défendeur a exercé par d'autres moyens une activité commerciale habituelle], si le litige est directement lié à l'activité de cette succursale, agence ou cet établissement [ou à cette activité commerciale habituelle].

### *Article 10 Délits*

1. Le demandeur peut introduire une action délictuelle devant les tribunaux de l'Etat:
  - a) dans lequel a eu lieu l'acte ou l'omission à l'origine du dommage, ou
  - b) dans lequel le dommage a pris naissance, sauf si le défendeur établit que la personne dont la responsabilité est invoquée ne pouvait raisonnablement prévoir que l'acte ou l'omission était susceptible de produire un dommage de même nature dans cet Etat.
2. Le paragraphe 1 b) ne s'applique pas aux préjudices résultant de pratiques anti-concurrentielles, notamment les prix imposés ou les abus de position dominante, ou résultant des ententes visant à provoquer des pertes économiques.
3. Le demandeur peut également introduire une action conformément aux dispositions du paragraphe premier lorsque soit l'acte ou l'omission, soit le dommage est susceptible de se produire.
4. Si une action est introduite devant les tribunaux d'un Etat en vertu seulement du lieu où le dommage a pris naissance ou est susceptible de se produire, ces tribunaux ne sont compétents que pour le dommage survenu ou pouvant survenir dans cet Etat, sauf si la partie lésée a sa résidence habituelle dans cet Etat.

### *Article 11 Trusts*

1. Dans les actions concernant la validité, l'interprétation, les effets, l'administration ou la modification d'un trust créé volontairement et dont la preuve est apportée par écrit, sont seuls compétents les tribunaux d'un Etat contractant choisis à cet effet dans l'acte constitutif du trust. Lorsque l'acte constitutif du trust désigne un tribunal ou des tribunaux d'un Etat non contractant, les tribunaux des Etats contractants se déclarent incompétents ou sursoient à statuer, sauf si le tribunal ou les tribunaux choisis se sont eux-mêmes déclarés incompétents.
2. En l'absence d'une telle élection de for, une action peut être intentée devant les tribunaux de l'Etat:
  - a) dans lequel est situé le lieu principal d'administration du trust;
  - b) dont la loi est applicable au trust;
  - c) avec lequel le trust a les liens les plus étroits aux fins de l'action.

### *Article 12 Compétences exclusives*

1. Si l'action porte sur des droits réels immobiliers ou des baux d'immeubles, sont seuls compétents les tribunaux de l'Etat contractant où l'immeuble est situé, sauf si, en matière de baux d'immeubles, le locataire a sa résidence habituelle hors de cet Etat.
2. Si l'action porte sur la validité, la nullité ou la dissolution d'une personne morale ou la validité ou la nullité des décisions de ses organes, sont seuls compétents les tribunaux de l'Etat contractant dont la loi régit la personne morale.

3. Si l'action porte sur la validité ou la nullité des inscriptions sur les registres publics, sont seuls compétents les tribunaux de l'Etat contractant dans lequel ces registres sont tenus.

4. Si l'action porte sur l'inscription, la validité [, ou] la nullité [, la résiliation ou la violation des droits résultant] de brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à un dépôt ou enregistrement, sont seuls compétents les tribunaux de l'Etat contractant dans lequel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé, a été effectué ou est réputé avoir été effectué aux termes d'une convention internationale. Cette règle ne s'applique pas aux droits d'auteur ni aux droits voisins même si ces droits peuvent faire l'objet d'un dépôt ou enregistrement.

[5. En ce qui concerne les actions portant sur la violation d'un brevet, le paragraphe précédent n'exclut pas la compétence de tout autre tribunal en vertu de la Convention ou du droit national d'un Etat contractant.]

[6. Les paragraphes précédents ne s'appliquent pas lorsque le tribunal est saisi de ces questions à titre incident.]

#### *Article 13 Mesures provisoires et conservatoires*

1. Le tribunal compétent pour connaître du fond du litige en vertu des articles 3 à 12 est compétent pour prononcer toute mesure provisoire ou conservatoire.

2. Les tribunaux de l'Etat de la situation des biens sont compétents pour prononcer toute mesure provisoire ou conservatoire limitée à ces biens.

3. Le tribunal d'un Etat qui n'est pas compétent en vertu des paragraphes 1 et 2, peut prononcer des mesures provisoires ou conservatoires:

- a) si leur exécution est limitée au territoire de cet Etat, et
- b) si elles sont destinées à la protection temporaire d'une action au fond déjà pendante ou à former par le requérant.

#### *Article 14 Pluralité de défendeurs*

1. Le demandeur qui introduit une action contre un défendeur devant un tribunal de l'Etat de la résidence habituelle de ce défendeur peut agir également devant ce tribunal contre d'autres défendeurs qui n'ont pas leur résidence habituelle dans cet Etat lorsque:

- a) la demande dirigée contre le défendeur qui a sa résidence habituelle dans cet Etat et la demande dirigée contre les autres défendeurs sont si étroitement liées qu'elles doivent être décidées ensemble afin d'éviter un risque sérieux de jugements inconciliables, et
- b) pour chacun de ceux qui n'ont pas leur résidence habituelle dans cet Etat, il existe un lien substantiel entre cet Etat et le litige concernant ce défendeur.

2. Le paragraphe précédent ne s'applique pas au codéfendeur qui invoque une clause attributive de juridiction exclusive convenue avec le demandeur et conforme à l'article 4.



#### *Article 15 Demande reconventionnelle*

Le tribunal qui est compétent pour connaître d'une demande selon les dispositions de la Convention l'est également pour connaître d'une demande reconventionnelle résultant de la relation contractuelle ou des faits sur lesquels la demande originaire est fondée.

#### *Article 16 Appel en garantie et intervention*

1. Le tribunal qui est compétent pour connaître d'une demande selon les dispositions de la Convention l'est également pour statuer sur un appel en garantie ou une intervention, si le droit national le permet, à condition qu'il existe un lien substantiel entre cet Etat et le litige concernant le tiers.

2. Le paragraphe premier ne s'applique pas à l'égard du tiers qui invoque une clause attributive de juridiction exclusive convenue avec le défendeur et conforme à l'article 4.

#### *Article 17 Compétence fondée sur le droit national*

Sous réserve des articles 4, 5, 7, 8, 12 et 13, la Convention ne porte pas atteinte à l'application des règles de compétence des Etats contractants prévues par leur droit national, à condition qu'elle ne soit pas interdite en vertu de l'article 18.

#### *Article 18 Compétences interdites*

1. Lorsque le défendeur a sa résidence habituelle dans un Etat contractant, l'application d'une règle de compétence prévue par le droit national d'un Etat contractant est interdite lorsqu'il n'y a pas de lien substantiel entre cet Etat et le litige.

2. En particulier, une compétence ne peut être mise en œuvre par les tribunaux d'un Etat contractant si elle est fondée uniquement sur un ou plusieurs des critères suivants, notamment:

- a) la présence ou la saisie dans cet Etat de biens du défendeur, sauf si le litige est directement lié à ces biens;
- b) la nationalité du demandeur;
- c) la nationalité du défendeur;
- d) le domicile, la résidence habituelle ou temporaire, ou la présence du demandeur dans cet Etat;
- e) la poursuite d'activités commerciales ou autres par le défendeur sur le territoire de cet Etat, sauf si le litige est directement lié à ces activités;
- f) l'assignation délivrée au défendeur dans cet Etat;
- g) la désignation unilatérale du tribunal par le demandeur;
- h) la procédure d'exequatur, d'enregistrement ou d'exécution d'un jugement dans cet Etat, sauf si le litige est directement lié à ces procédures;

- i) la résidence temporaire ou la présence du défendeur dans cet Etat;
- j) le lieu de signature du contrat dont dérive le litige.

3. Cet article n'exclut pas qu'un tribunal d'un Etat contractant exerce sa compétence, en vertu du droit national, dans le cadre d'une action [tendant à la réparation] [en indemnité] fondée sur un comportement qui constitue:

[Variante No 1:

- [a) un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre [, tels que définis par le Statut de la Cour pénale internationale]; ou]
- [b) un crime grave selon le droit international contre une personne physique; ou]
- [c) une grave violation des droits fondamentaux inaliénables de la personne reconnus par le droit international, telle que la torture, l'esclavage, le travail forcé et la disparition de personnes].

[Les alinéas [b) et] c) ci-dessus ne s'appliquent que si la partie demandant réparation est exposée au risque d'un déni de justice au motif qu'une procédure dans un autre Etat se révèle impossible ou qu'il ne peut être raisonnablement exigé qu'elle y soit introduite.]

Variante No 2:

un crime grave selon le droit international, si cet Etat exerce sa compétence pénale sur ce crime en vertu d'un traité international auquel il est Partie et que la demande tend à obtenir une indemnisation civile d'un décès ou d'une grave blessure corporelle résultant de ce crime.]

*Article 19 Autorité du tribunal saisi*

Lorsque le défendeur ne comparaît pas, le tribunal vérifie qu'il ne lui est pas interdit d'exercer sa compétence en vertu de l'article 18:

- a) si le droit national l'exige; ou
- b) à la demande du demandeur; ou
- [c) à la demande du défendeur, même après que le jugement a été rendu, selon la procédure du droit national; ou]
- [d) si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été signifié ou notifié au défendeur dans un autre Etat contractant.]

ou

- [d) s'il apparaît des documents produits par le demandeur que l'adresse du défendeur se trouve dans un autre Etat contractant.]

*Article 20*

1. Le juge est tenu de surseoir à statuer aussi longtemps qu'il n'est pas établi que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande a été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre, ou que toute diligence a été faite à cette fin.

[2. Le paragraphe premier ne fera pas obstacle à l'application des instruments internationaux relatifs à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, conformément à la loi du for.]

[3. Le paragraphe premier ne s'applique pas, en cas d'urgence, aux mesures provisoires et conservatoires.]

*Article 21 Litispendance*

1. Lorsque les mêmes parties sont engagées dans des procédures devant des tribunaux d'Etats contractants différents et que ces procédures ont la même cause et le même objet, quelles que soient les prétentions des parties, le tribunal saisi en second lieu suspend la procédure si le tribunal premier saisi est compétent et s'il est à prévoir que ce tribunal rendra un jugement susceptible d'être reconnu en vertu de la Convention dans l'Etat du tribunal saisi en second lieu, sauf si ce dernier est exclusivement compétent en vertu des articles 4 ou 12.

2. Le tribunal saisi en second lieu renonce à exercer sa compétence aussitôt qu'un jugement rendu par le tribunal premier saisi lui est présenté qui remplit les conditions de reconnaissance ou d'exécution en vertu de la Convention.

3. A la demande d'une partie, le tribunal saisi en second lieu peut statuer sur le litige si le demandeur devant le tribunal premier saisi n'a pas entrepris les démarches nécessaires pour obtenir une décision au fond ou si ce tribunal n'a pas rendu une telle décision dans un délai raisonnable.

4. Les dispositions des paragraphes précédents s'appliquent au tribunal saisi en second lieu même si sa compétence est fondée sur le droit national de cet Etat conformément à l'article 17.

5. Aux fins de l'application de cet article, le tribunal est réputé saisi:

- a) lorsque l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent est déposé auprès du tribunal, ou
- b) si l'acte doit être signifié ou notifié avant d'être déposé auprès du tribunal, lorsqu'un tel acte est, soit reçu par l'autorité chargée de la signification ou de la notification, soit signifié ou notifié au défendeur.

[Le cas échéant, le temps universel est déterminant.]

6. Si, devant le tribunal premier saisi, l'action du demandeur tend à faire déclarer qu'il n'a pas d'obligation à l'égard du défendeur et que, devant le tribunal second saisi, a été intentée une action sur le fond,

- a) les dispositions des paragraphes 1 à 5 ne s'appliquent pas au tribunal second saisi, et
- b) le tribunal premier saisi suspend la procédure à la demande d'une partie s'il est à prévoir que le tribunal second saisi rendra une décision susceptible d'être reconnue en vertu de la Convention.

7. Cet article ne s'applique pas si le tribunal premier saisi, à la demande d'une partie, détermine que le tribunal saisi en second lieu est clairement plus approprié pour statuer sur le litige dans les conditions mentionnées à l'article 22.

#### *Article 22 Circonstances exceptionnelles pour refuser d'exercer la compétence*

1. Dans des circonstances exceptionnelles et lorsque sa compétence n'est pas fondée sur une clause exclusive d'élection de for valide en vertu de l'article 4, ou sur les articles 7, 8 ou 12, le tribunal saisi peut, à la requête d'une partie, suspendre la procédure si, en l'espèce, il est clairement inapproprié pour ce tribunal d'exercer sa compétence et que le tribunal d'un autre Etat ayant compétence est clairement plus approprié pour statuer sur le litige. Cette requête doit être présentée au plus tard au moment de la première défense au fond.

2. Le tribunal prend en considération, notamment:

- a) tout inconvénient qui en résulterait pour les parties, compte tenu de leur résidence habituelle;
- b) la nature et le lieu de situation des moyens de preuve, y compris les documents et les témoins, ainsi que les procédures pour leur obtention;
- c) les délais de prescription applicables;
- d) la possibilité d'obtenir la reconnaissance et l'exécution de toute décision au fond.

3. En décidant de suspendre la procédure, le tribunal ne procède à aucune discrimination fondée sur la nationalité ou la résidence habituelle des parties.

4. Lorsque le tribunal décide de surseoir à statuer en vertu du paragraphe premier, il peut exiger du défendeur qu'il dépose une caution suffisante pour satisfaire à toute décision au fond de l'autre tribunal. Toutefois, le tribunal doit exiger une telle caution si l'autre tribunal est compétent seulement en vertu de l'article 17, sauf si le défendeur établit qu'il existe suffisamment de biens dans l'Etat de cet autre tribunal ou dans un autre Etat où la décision serait susceptible d'être exécutée.

5. Lorsque le tribunal a sursis à statuer en vertu du paragraphe premier,

- a) il renonce à exercer sa compétence si le tribunal de l'autre Etat se déclare compétent ou si le demandeur n'entame pas la procédure dans cet Etat, dans le délai déterminé par le tribunal, ou

- b) il statue sur le litige si le tribunal de l'autre Etat renonce à exercer sa compétence.

#### CHAPITRE III – RECONNAISSANCE ET EXECUTION

##### *Article 23 Définition du terme «jugement»*

Aux fins de ce chapitre, le terme «jugement» comprend:

- a) toute décision rendue par un tribunal, quelle que soit la dénomination qui lui est donnée telle qu'arrêt ou ordonnance, ainsi que la fixation par le greffier du montant des frais du procès afférant à une décision susceptible d'être reconnue ou exécutée en vertu de la Convention;
- b) les décisions prononçant des mesures provisoires ou conservatoires conformément à l'article 13, paragraphe premier.

##### *Article 24 Jugements exclus du chapitre III*

Ce chapitre ne s'applique pas aux jugements fondés sur une compétence prévue par le droit national en vertu de l'article 17.

##### *Article 25 Jugements reconnus ou exécutés*

1. Un jugement fondé sur une compétence prévue aux articles 3 à 13 ou conforme à ces compétences est reconnu ou exécuté en vertu du présent chapitre.
2. Pour être reconnu, le jugement visé au paragraphe premier doit posséder l'autorité de la chose jugée dans l'Etat d'origine.
3. Pour être déclaré exécutoire, le jugement visé au paragraphe premier doit être exécutoire dans l'Etat d'origine.
4. Toutefois, la reconnaissance ou l'exécution peut être différée si le jugement fait l'objet d'un recours dans l'Etat d'origine ou si le délai pour exercer ce recours n'est pas expiré.

##### *Article 26 Jugements qui ne peuvent être reconnus ou exécutés*

Un jugement fondé sur une compétence non conforme aux articles 4, 5, 7, 8 ou 12, ou dont la mise en œuvre est interdite en vertu de l'article 18, ne peut pas être reconnu ni exécuté.

*Article 27 Vérification de la compétence*

1. Le tribunal requis vérifie la compétence du tribunal d'origine.
2. Lors de l'appréciation de la compétence du tribunal d'origine, le tribunal requis est lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence, à moins qu'il ne s'agisse d'un jugement par défaut.
3. La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement ne peut être refusée au motif que le tribunal requis considère que le tribunal d'origine aurait dû refuser d'exercer sa compétence conformément à l'article 22.

*Article 28 Motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution*

1. La reconnaissance ou l'exécution du jugement peut être refusée si:
  - a) un litige entre les mêmes parties et ayant le même objet est pendant devant un tribunal de l'Etat requis, premier saisi conformément à l'article 21;
  - b) le jugement est inconciliable avec un jugement rendu, soit dans l'Etat requis soit dans un autre Etat, pour autant qu'il soit, dans ce dernier cas, susceptible d'être reconnu ou exécuté dans l'Etat requis;
  - c) le jugement résulte d'une procédure incompatible avec les principes fondamentaux de procédure de l'Etat requis, y compris le droit de chaque partie d'être entendue par un tribunal impartial et indépendant;
  - d) l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre;
  - e) le jugement résulte d'une fraude commise dans la procédure;
  - f) la reconnaissance ou l'exécution est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'Etat requis.
2. Sous réserve de ce qui est nécessaire pour l'application des dispositions de ce chapitre, le tribunal de l'Etat requis ne procède à aucune révision au fond du jugement rendu dans l'Etat d'origine.

*Article 29 Pièces à produire*

1. La partie qui invoque la reconnaissance ou qui demande l'exécution doit produire:
  - a) une copie complète et certifiée conforme du jugement;
  - b) s'il s'agit d'un jugement par défaut, l'original ou une copie certifiée conforme du document établissant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié à la partie défaillante;
  - c) tout document de nature à établir que le jugement possède l'autorité de la chose jugée dans l'Etat d'origine ou, le cas échéant, qu'il est exécutoire dans cet Etat;

- d) si le tribunal requis l'exige, une traduction des documents mentionnés ci-dessus, établie par toute personne habilitée à cet effet.

2. Aucune légalisation ni formalité analogue ne peut être exigée.

3. Si le contenu du jugement ne permet pas au tribunal requis de vérifier que les conditions de ce chapitre sont remplies, ce tribunal peut exiger la production de tout autre document utile.

#### *Article 30 Procédure*

La procédure tendant à obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, ainsi que l'exécution du jugement, sont régies par le droit de l'Etat requis sauf si la Convention en dispose autrement. Le tribunal requis agira rapidement.

#### *Article 31 Frais de procédure*

Aucun dépôt ni caution, sous quelque dénomination que ce soit, ne peut être exigé pour garantir le paiement des frais et dépens à raison seulement de la possession par le requérant de la nationalité d'un autre Etat contractant ou de sa résidence habituelle dans un autre Etat contractant.

#### *Article 32 Aide judiciaire*

Les personnes physiques ayant leur résidence habituelle dans un Etat contractant sont admises au bénéfice de l'aide judiciaire pour les procédures de reconnaissance ou d'exécution dans les mêmes conditions que celles applicables aux personnes ayant leur résidence habituelle dans l'Etat requis.

#### *Article 33 Dommages et intérêts*

1. Dans la mesure où un jugement accorde des dommages et intérêts non compensatoires, en ce compris des dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, il est reconnu au moins à concurrence du montant des dommages et intérêts similaires ou comparables qui auraient pu être accordés dans l'Etat requis.

2. a) Lorsque le débiteur convainc le tribunal requis, après que le créancier a eu la possibilité d'être entendu, que dans les circonstances en ce compris celles existant dans l'Etat d'origine, des dommages et intérêts manifestement excessifs ont été accordés, reconnaissance peut être donnée pour un montant inférieur.

b) En aucun cas, le tribunal requis ne peut reconnaître le jugement pour un montant inférieur à celui qui aurait pu être accordé par les tribunaux de l'Etat requis, dans les mêmes circonstances, en prenant en considération également celles existant dans l'Etat d'origine.

3. Pour l'application des paragraphes 1 et 2, le tribunal requis prend en considération le montant éventuellement accordé par le tribunal d'origine pour couvrir les frais et dépens du procès.

*Article 34 Divisibilité*

Si le jugement statue sur plusieurs chefs de demande dissociables, la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, ainsi que l'exécution du jugement, peut être accordé pour l'un ou plusieurs d'entre eux.

*Article 35 Actes authentiques*

1. Chaque Etat contractant peut déclarer qu'il exécutera, sous réserve de réciprocité, les actes authentiques reçus et exécutoires dans un autre Etat contractant.

2. L'acte authentique doit avoir été établi par une autorité publique ou un délégataire de l'autorité publique et l'authentification doit porter non seulement sur la signature mais aussi sur le contenu de l'acte.

[3. Les dispositions concernant la reconnaissance et l'exécution figurant dans ce chapitre sont applicables, en tant que de besoin.]

*Article 36 Transactions*

Les transactions homologuées par un tribunal seront reconnues ou déclarées exécutoires ou enregistrées aux fins d'exécution dans l'Etat requis aux mêmes conditions que les jugements visés par la Convention pour autant que ces conditions leur sont applicables.

## CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GENERALES

*Article 37 Rapport avec d'autres conventions*

[voir annexe]

*Article 38 Interprétation uniforme*

1. Pour l'interprétation de la Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application.

2. Les tribunaux de chaque Etat contractant tiennent dûment compte, lors de l'application et de l'interprétation de la Convention, de la jurisprudence des autres Etats contractants.

*[Article 39*

1. Sur invitation du Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé, chaque Etat contractant adresse périodiquement au Bureau Permanent toute décision pertinente rendue en application de la Convention et, le cas échéant, toute information utile.



2. Le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé convoque périodiquement une Commission spéciale afin d'examiner le fonctionnement de la Convention.

3. Cette Commission peut formuler des recommandations sur l'application ou l'interprétation de la Convention et faire la proposition de modifier ou de réviser celle-ci ou de la compléter par un protocole.]

*[Article 40*

1. A la demande conjointe des parties à un litige mettant en cause l'interprétation de la Convention ou à la demande d'un tribunal des Etats contractants, le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé contribue à la mise en place d'un Comité d'experts chargé de formuler des recommandations à l'attention des parties ou du tribunal.

[2. Le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé convoque, dans les meilleurs délais, une Commission spéciale chargée d'élaborer un Protocole facultatif contenant les règles relatives à la composition et au fonctionnement des Comités d'experts.]]

*Article 41 Clause fédérale*

## **ANNEXE**

### *Article 37 Rapport avec d'autres conventions*

#### **Première proposition**

1. La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels des Etats contractants sont ou seront Parties et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la Convention, à moins qu'une déclaration contraire ne soit faite par les Etats liés par un tel instrument.
2. Toutefois, la Convention l'emporte sur de tels instruments dans la mesure où ceux-ci préconisent des fors non autorisés aux termes de l'article 18 de la Convention.
3. Les paragraphes précédents s'appliquent également aux lois uniformes reposant sur l'existence entre les Etats concernés de liens spéciaux, notamment de nature régionale, ainsi qu'aux instruments adoptés au sein d'une communauté d'Etats.

#### **Deuxième proposition**

1.
  - a) Dans cet article, la Convention de Bruxelles [révisée], le Règlement [sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale] de l'Union européenne, et la Convention de Lugano [révisée] seront désignés globalement comme «les instruments européens».
  - b) Un Etat partie à l'une ou l'autre de ces Conventions ou un Etat membre de l'Union européenne auquel le Règlement susmentionné s'applique seront globalement désignés comme «les Etats soumis aux instruments européens».
2. Sous réserve des alinéas suivants [de cet article], un Etat soumis aux instruments européens doit appliquer ces instruments et non la Convention, dès lors que ces instruments sont applicables conformément à leurs dispositions.
3. Sauf lorsque sont applicables les dispositions des instruments européens sur:
  - a) les compétences exclusives;
  - b) la prorogation volontaire de compétence;
  - c) la litispendance et la connexité;
  - d) les compétences protectrices des consommateurs ou des salariés;
 un Etat soumis aux instruments européens doit appliquer les articles 3, 5 à 11, 14 à 16 et 18 de la Convention lorsque le défendeur n'a pas de domicile dans un Etat soumis aux instruments européens.
4. Même si le défendeur est domicilié dans un Etat soumis aux instruments européens, un tribunal d'un tel Etat doit appliquer:
  - a) l'article 4 de la Convention dès lors que le tribunal choisi ne relève pas d'un Etat soumis aux instruments européens,

- b) l'article 12 de la Convention dès lors que le tribunal auquel l'article 12 donne compétence exclusive ne relève pas d'un Etat soumis aux instruments européens,
- c) les articles 21 et 22 de la Convention dès lors que chaque fois que le tribunal au bénéfice duquel la procédure est suspendue ou la compétence déclinée ne relève pas d'un Etat soumis aux instruments européens.

Note : Un autre article sera nécessaire pour les relations entre la présente Convention et d'autres Conventions ou autres instruments.

**Troisième proposition** (disponible en anglais seulement)

5. Judgments of courts of a Contracting State to this Convention based on jurisdiction granted under the terms of a different international convention ("other Convention") shall be recognised and enforced in courts of Contracting States to this Convention which are also Contracting States to the other Convention. This provision shall not apply if, by reservation under Article ..., a Contracting State chooses –

- a) not to be governed by this provision, or
- b) not to be governed by this provision as to certain designated other conventions.

## Table des matières

	page
<b>INTRODUCTION</b> .....	25
<b>CADRE GENERAL ET NATURE DE LA CONVENTION</b> .....	26
<b>COMMENTAIRE DE LA CONVENTION ARTICLE PAR ARTICLE</b> .....	29
<i>Préambule</i> .....	29
<b>CHAPITRE PREMIER – CHAMP D’APPLICATION DE LA CONVENTION</b> .....	29
<b><i>Article premier – Champ d’application matériel</i></b> .....	29
<i>Paragraphe 1</i> .....	29
<i>Paragraphe 2</i> .....	32
<i>Lettre a)</i> .....	32
<i>Lettre b)</i> .....	33
<i>Lettre c)</i> .....	33
<i>Lettre d)</i> .....	34
<i>Lettre e)</i> .....	34
<i>Lettre f)</i> .....	35
<i>Lettre g)</i> .....	35
<i>Lettre h)</i> .....	35
<i>Paragraphe 3</i> .....	35
<i>Paragraphe 4</i> .....	36
<b><i>Article 2 – Champ d’application territorial</i></b> .....	36
<i>Paragraphe 1</i> .....	36
<i>Lettre a) – Election de for</i> .....	37
<i>Lettre b) – Compétences exclusives</i> .....	37
<i>Lettre c) – Litispendance et refus d’exercer la compétence</i> .....	37
<i>Paragraphe 2</i> .....	38
<b>CHAPITRE II – COMPETENCE</b> .....	38
<b><i>Article 3 – For du défendeur</i></b> .....	38
<i>Paragraphe 1</i> .....	39
<i>Paragraphe 2</i> .....	39
<i>Lettre a) – Siège statutaire</i> .....	40
<i>Lettre b) – Loi de constitution</i> .....	40
<i>Lettre c) – Administration centrale</i> .....	40
<i>Lettre d) – Principal établissement</i> .....	41
<b><i>Article 4 – Election de for</i></b> .....	41
<i>Paragraphe – Clause attributive de juridiction</i> .....	41
<i>Champ d’application</i> .....	41
<i>Accord</i> .....	41

<i>Licéité de l'accord</i> .....	42
<i>Validité au fond de l'accord</i> .....	42
<i>Le tribunal ou les tribunaux d'un Etat</i> .....	42
<i>Lien de rattachement avec le for désigné</i> .....	43
<i>Les différends nés ou à naître d'un rapport de droit déterminé</i> .....	43
<i>Compétence exclusive à moins que les parties n'en aient décidé autrement</i> .....	43
<i>Effet du choix d'un tribunal ou d'un Etat contractant</i> .....	44
<i>Choix d'un tribunal ou des tribunaux d'un Etat non contractant</i> .....	44
<i>Clauses attributives de juridictions et mesures provisoires et conservatoires</i> .....	44
<i>Clauses attributives de juridictions dans les actes constitutifs de trusts</i> .....	45
<b>Paragraphe 2 – Validité formelle</b> .....	45
<i>Lettres a) et b) – Forme enregistrée</i> .....	45
<i>Lettre c) – Usage régulièrement suivi par les parties</i> .....	45
<i>Lettre d) – Usage dans une branche commerciale particulière</i> .....	46
<b>Paragraphe 3 – Absence de validité de certains accords</b> .....	46
<b>Article 5 – Comparution du défendeur</b> .....	46
<i>Paragraphe 1 – Absence de contestation de la compétence</i> .....	46
<i>Paragraphe 2 – Droit de contester la compétence</i> .....	47
<b>Article 6 – Contrats</b> .....	48
<i>Lettre a) – Fourniture d'objets mobiliers corporels</i> .....	49
<i>Lettre b) – Prestation de services</i> .....	50
<i>Lettre c) – Prestations mixtes</i> .....	50
<b>Article 7 – Contrats conclus par les consommateurs</b> .....	50
<i>Paragraphe 1</i> .....	51
<i>Paragraphe 2</i> .....	52
<i>Paragraphe 3</i> .....	52
<b>Article 8 – Contrats individuels de travail</b> .....	53
<i>Paragraphe 1</i> .....	53
<i>Lettre a) – Actions du travailleur contre l'employeur</i> .....	53
<i>Lettre b) – Actions de l'employeur contre le travailleur</i> .....	54
<i>Paragraphe 2</i> .....	55
<b>Article 9 – Succursales [et activité commerciale habituelle]</b> .....	55
<i>Compétence fondée sur une « succursale, agence, ou tout autre établissement »</i> ....	55
<i>Compétence fondée sur une « activité commerciale habituelle »</i> .....	56
<i>Directement liée à cette succursale ou cette activité</i> .....	57
<b>Article 10 – Délits</b> .....	57
<i>Paragraphe 1</i> .....	58
<i>Lettre a) – Lieu de l'acte ou de l'omission</i> .....	59
<i>Lettre b) – Lieu de la naissance du dommage</i> .....	59
<i>Paragraphe 2</i> .....	60
<i>Paragraphe 3</i> .....	60
<i>Paragraphe 4</i> .....	60
<b>Article 11 – Trusts</b> .....	61

<i>Sens du terme « trust »</i> .....	61
<i>Paragraphe 1</i> .....	61
<i>Paragraphe 2</i> .....	63
<i>Lettre a) – L'Etat dans lequel est situé le lieu principal d'administration du trust</i> .....	63
<i>Lettre b) – L'Etat dont la loi est applicable au trust</i> .....	63
<i>Lettre c) – L'Etat avec lequel le trust a les liens les plus étroits aux fins de l'action</i> .....	63
<b>Article 12 – Compétences exclusives</b> .....	63
<i>Paragraphe 1</i> .....	64
<i>Paragraphe 2</i> .....	65
<i>Paragraphe 3</i> .....	66
<i>Paragraphe 4</i> .....	66
<i>Paragraphe 5</i> .....	67
<i>Paragraphe 6</i> .....	68
<b>Article 13 – Mesures provisoires et conservatoires</b> .....	68
<i>Définition des mesures provisoires et conservatoires</i> .....	68
<i>Paragraphe 1</i> .....	69
<i>Paragraphe 2</i> .....	70
<i>Paragraphe 3</i> .....	71
<b>Article 14 – Pluralité de défendeurs</b> .....	72
<i>Paragraphe 1</i> .....	72
<i>Paragraphe 2</i> .....	73
<b>Article 15 – Demandes reconventionnelles</b> .....	73
<b>Article 16 – Appel en garantie et intervention</b> .....	74
<i>Paragraphes 1 et 2</i> .....	74
<b>Article 17</b> .....	74
<b>Article 18</b> .....	75
<i>Paragraphe 1</i> .....	75
<i>Paragraphe 2</i> .....	76
<i>Lettre a) – Présence ou saisie de biens du défendeur</i> .....	76
<i>Lettre b) – Nationalité du demandeur</i> .....	77
<i>Lettre c) – Nationalité du défendeur</i> .....	77
<i>Lettre d) – Domicile, résidence habituelle ou temporaire, ou présence du demandeur</i> .....	77
<i>Lettre e) – Poursuite d'activités commerciales ou autres par le défendeur</i> .....	77
<i>Lettre f) – Assignation délivrée au défendeur</i> .....	78
<i>Lettre g) – Désignation unilatérale du tribunal par le demandeur</i> .....	78
<i>Lettre h) – Procédure d'exequatur, d'enregistrement ou d'exécution d'un jugement</i> .....	78
<i>Lettre i) – Résidence temporaire ou présence du défendeur</i> .....	79
<i>Lettre j) – Lieu de signature du contrat dont dérive le litige</i> .....	79
<i>Paragraphe 3</i> .....	80

<b>Article 19 – Autorité du tribunal saisi</b> .....	81
<b>Article 20</b> .....	82
Paragraphe 1 .....	82
Paragraphe 2 .....	84
Paragraphe 3 .....	84
<b>Article 21 – Litispendance</b> .....	85
Paragraphe 1 .....	85
Paragraphe 2 .....	86
Paragraphe 3 .....	87
Paragraphe 4 .....	87
Paragraphe 5 .....	87
Paragraphe 6 .....	87
Paragraphe 7 .....	88
<b>Article 22 – Circonstances exceptionnelles pour refuser d’exercer la compétence</b> .....	88
Paragraphe 1 .....	89
Paragraphe 2 .....	91
Lettre a) .....	91
Lettre b) .....	91
Lettre c) .....	91
Lettre d) .....	91
Paragraphe 3 .....	92
Paragraphe 4 .....	92
Paragraphe 5 .....	93
<b>CHAPITRE III – RECONNAISSANCE ET EXECUTION</b> .....	93
<b>Article 23 – Définition du terme « jugement »</b> .....	93
Lettre a) .....	93
Lettre b) .....	94
<b>Article 24 – Jugements exclus du chapitre III</b> .....	95
<b>Article 25 – Jugements reconnus ou exécutés</b> .....	95
Paragraphe 1 .....	95
Paragraphe 2 – Reconnaissance .....	96
Paragraphe 3 – Exécution .....	98
Charge de la preuve .....	99
<b>Article 26 – Jugements qui ne peuvent être reconnus ou exécutés</b> .....	99
<b>Article 27 – Vérification de la compétence</b> .....	100
Paragraphe 1 .....	100

<i>Paragraphe 2</i> .....	101
<i>Paragraphe 3</i> .....	102
<b>Article 28 – Motifs de refus de reconnaissance ou d’exécution</b> .....	102
<i>Lettre a) – Litispendance</i> .....	103
<i>Lettre b) – Jugements inconciliables</i> .....	103
<i>Lettre c) – Incompatibilité avec les principes fondamentaux de procédure</i> .....	104
<i>Lettre d) – Défaut de notification</i> .....	105
<i>i) Notification au défendeur</i> .....	105
<i>ii) Notification en temps utile</i> .....	106
<i>Lettre e)</i> .....	107
<i>Lettre f) – Ordre public</i> .....	107
<i>Paragraphe 2 – Révision au fond</i> .....	108
<b>Article 29 – Pièces à produire</b> .....	109
<i>Paragraphes 1-3</i> .....	109
<b>Article 30 – Procédure</b> .....	110
<b>Article 31 – Frais de procédure</b> .....	111
<b>Article 32 – Aide judiciaire</b> .....	111
<b>Article 33 – Dommages et intérêts</b> .....	111
<i>Paragraphe 1</i> .....	112
<i>Paragraphe 2</i> .....	113
<i>Lettre a)</i> .....	113
<i>Lettre b)</i> .....	114
<i>Paragraphe 3</i> .....	115
<b>Article 34 – Divisibilité</b> .....	115
<b>Article 35 – Actes authentiques</b> .....	115
<i>Paragraphes 1 à 3</i> .....	115
<b>Article 36 – Transactions</b> .....	116
<b>CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GENERALES</b> .....	117
<b>Article 37 – Rapport avec d’autres Conventions</b> .....	117
<b>Article 38 – Interprétation uniforme</b> .....	118
<b>Article 39</b> .....	119
<b>Article 40</b> .....	120
<b>CHAPITRE V – CLAUSES FINALES</b> .....	120
<b>Article 41 – Clause fédérale</b> .....	120
1 <i>Forme de la clause permettant la ratification par certaines mais non</i>	



<i>toutes les unités territoriales constituant un Etat donné .....</i>	121
<i>2 Clause de répartition.....</i>	121
<i>3 Référence à la loi interne de l'Etat contractant .....</i>	122

## RAPPORT DE LA COMMISSION SPÉCIALE

par Peter Nygh et Fausto Pocar

### INTRODUCTION

Le 19 octobre 1996, les Etats représentés à la Dix-huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé ont pris la Décision

« *d'inscrire à l'ordre du jour des travaux de la Dix-neuvième session la question de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale* »<sup>1</sup>.

Cette décision a été précédée de travaux conduits au sein de la Conférence dans les années précédentes, à la suite d'une Décision adoptée par sa Dix-septième session demandant au Secrétaire général d'instituer une Commission spéciale pour étudier les problèmes soulevés par l'élaboration d'une nouvelle convention en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements en matière civile et commerciale, susceptible de remplacer celle du 1er février 1971 qui n'avait pas rencontré le succès souhaité<sup>2</sup>. Cette Commission spéciale a tenu deux réunions, du 20 au 24 juin 1994 et du 4 au 7 juin 1996, au cours desquelles elle a étudié plusieurs aspects du sujet<sup>3</sup> et proposé de le retenir dans les travaux futurs de la Conférence.

En application de la Décision prise à la Dix-huitième session de la Conférence, le Bureau Permanent a institué une Commission spéciale qui a tenu cinq réunions, du 17 au 27 juin 1997, puis du 3 au 13 mars 1998, du 10 au 20 novembre 1998, du 7 au 18 juin 1999, et enfin du 25 au 30 octobre 1999.

La Commission spéciale a désigné comme Président M. T. Bradbrooke Smith, Expert du Canada, comme Vice-présidents MM. Andreas Bucher, Expert de la Suisse, Masato Dogauchi, Expert du Japon, Jeffrey D. Kovar, Expert des Etats-Unis, José-Luis Siqueiros, Expert du Mexique, et comme Corapporteurs MM. Peter Nygh, Expert de l'Australie et Fausto Pocar, Expert de l'Italie.

Les travaux de la Commission spéciale ont été grandement facilités par les excellents Documents préliminaires suivants, établis par Mme Catherine Kessedjian, Secrétaire général adjoint :

- Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale (*Doc. prélim. No 7 d'avril 1997*)
- Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale (*Doc. prélim. No 8 de novembre 1997*)

---

<sup>1</sup> *Acte final de la Dix-huitième session*, Partie B, No 1.

<sup>2</sup> Pour une analyse des raisons de cet insuccès, v. KESSEDJIAN C., *Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, *Doc. prélim. No 7*, avril 1997.

<sup>3</sup> Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, établies par le Bureau Permanent, *Doc. prélim. No 1*, août 1994, *Actes et documents de la Dix-huitième session (1996)*, tome I, *Matières diverses*, p.62 ; Conclusions de la deuxième réunion de la Commission spéciale sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, établies par le Bureau Permanent, *Doc. prélim. No 12*, août 1996, *Actes et documents de la Dix-huitième session (1996)*, tome I, *Matières diverses*, p.184.

- 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. préI. No 9 de juillet 1998*)
- Note sur les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé et droit comparé (*Doc. préI. No 10 d'octobre 1998*)

Le présent Rapport porte sur l'***avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale***, adopté par la Commission spéciale à l'issue de sa cinquième réunion, le 30 octobre 1999 et qui sera soumis à la Conférence diplomatique (Dix-neuvième session).

#### CADRE GENERAL ET NATURE DE LA CONVENTION

Traditionnellement, la négociation d'une convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements suppose que l'on prenne une décision sur la nature « simple » ou « double » de la convention. Dans une « convention double », sont déterminées à la fois les règles de compétence permettant aux juridictions d'un Etat contractant de statuer et les conditions de reconnaissance des jugements. Si la liste des chefs de compétence obligatoires<sup>4</sup> est « fermée », c'est-à-dire exhaustive, les parties sont certaines non seulement que tous les jugements rendus sur le fondement de ces chefs de compétence seront reconnus, sous réserve de l'ordre public, des règles de « due process » et de l'inconciliabilité de jugements, mais encore que l'exercice d'une compétence fondée sur un autre chef ne sera pas reconnu par les autres Etats membres. Une telle convention a l'avantage de garantir la prévisibilité et une relative simplicité, mais elle suppose un large consensus sur les chefs de compétence acceptables. Elle suppose aussi que les Etats membres changent leurs règles nationales sur la compétence internationale, pour se conformer avec les dispositions de la convention. Partant, les obligations auxquelles s'engagent les Etats contractants peuvent être relativement importantes.

Pour cette raison, la plupart des accords internationaux et des conventions portant sur ces questions sont rédigées sous la forme de « conventions simples ». Dans une « convention simple », la compétence des Etats contractants n'est abordée que sous l'angle de la compétence indirecte, c'est-à-dire en tant que condition de reconnaissance des jugements. Les Etats contractants restent libres d'exercer leur compétence sur la base d'autres chefs de compétence, en application de leur droit national, qui ne doit donc pas être modifié. Une telle convention est, à juste titre, qualifiée d'« imparfaite », parce qu'elle ne permet pas d'empêcher l'exercice des compétences exorbitantes, qui sont pour le commerce international un obstacle tout aussi important que l'incertitude sur la reconnaissance et l'exécution des jugements. La *Convention de La Haye du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale* (la « Convention jugements » de 1971) est essentiellement une « convention simple », même si, dans un protocole additionnel, est interdite la reconnaissance de jugements rendus sur le fondement de certaines compétences exorbitantes, dont la liste est donnée<sup>5</sup>.

Entre les Etats membres de l'Union européenne, est applicable la *Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (« Convention de Bruxelles »). Elle est suivie par une convention largement identique, la *Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (« Convention de Lugano »), qui lie les Etats membre de l'Union européenne et

<sup>4</sup> Par « chef de compétence obligatoire » on entend un chef de compétence que les Etats parties à la Convention doivent mettre à la disposition des plaideurs.

<sup>5</sup> V. le rapport explicatif de M. CH.N. FRAGISTAS, *Actes et documents de la Session extraordinaire* (1966), § 3, p. 365.

certaines Etats frontaliers. Les deux Conventions sont des « conventions doubles » qui sont « fermées », au moins pour les personnes domiciliées dans les Etats contractants<sup>6</sup>. Toutes les compétences qui ne sont pas prévues par le texte sont interdites. Dans cette mesure, la prohibition expresse de certaines règles de compétence posée à l'article 3 de ces Conventions n'a qu'une fonction didactique.

Une autre « convention double », quoique limitée à une question particulière, est la Convention de La Haye sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale. Cette Convention régit de manière exhaustive les compétences susceptibles d'être mises en œuvre par les autorités d'un Etat contractant pour statuer à l'égard d'un enfant, même résident dans un Etat non contractant. Dans cette mesure, il s'agit d'une « convention fermée », sans aucune marge de manoeuvre pour les Etats parties.

Le Groupe de travail qui s'est réuni en Octobre 1992 a reconnu qu'une « convention simple » sur le modèle de la Convention jugements de 1971 ne répondrait pas aux besoins d'aujourd'hui. Il s'est prononcé en faveur d'une « approche tendant vers une 'convention double', comme la Convention de Bruxelles de 1968 ». Cela étant, le Groupe a estimé qu'une « convention double complète » comme la Convention de Bruxelles serait sans doute « d'une ambition excessive ». Pour cette raison, il s'est déclaré favorable à une convention « qui offrirait certains des avantages d'une convention double, tout en permettant une flexibilité plus grande que ce que permettrait une convention sur le modèle Bruxelles/Lugano »<sup>7</sup>.

Partant, une troisième voie a été ouverte : celle d'une soi-disant « convention mixte ». Ce genre de convention suit le modèle d'une « convention double », en posant des règles de compétence juridictionnelle directe et non uniquement des règles de compétence juridictionnelle indirecte. L'exercice d'une compétence conventionnelle obligatoire devra permettre la reconnaissance. Mais à la différence d'une convention double, la liste n'est pas exhaustive : l'exercice d'une compétence fondée sur une règle du droit commun est autorisé, dans certaines limites. Tout jugement rendu sur la base d'une compétence appartenant à cette « zone grise » ne sera pas reconnu en application des règles de la Convention, mais pourra être reconnu en application du droit national de l'Etat requis. Les limites de la « zone grise » sont définies par une liste de chefs de compétences prohibés, qui ne peuvent pas être utilisés par les juridictions nationales des Etats contractants sauf, peut-être, à l'encontre de ceux qui ne sont pas habituellement résidents dans un Etat contractant ; et les jugements rendus dans un Etat contractant sur la base d'une compétence prohibée ne peuvent en aucun cas être reconnus dans les autres Etats contractants. Pour cette raison, la liste des compétences prohibées est une partie importante d'une « convention mixte ».

La Commission spéciale a accepté les conclusions du Groupe de travail selon lesquelles une « convention simple » ne serait pas utile. Au départ, la Commission spéciale a travaillé dans l'optique d'une « convention double », en estimant que tel devait être son objectif, si un tel résultat était possible. Toutefois, à sa réunion de juin 1999, la Commission a décidé qu'une certaine flexibilité devait être autorisée, par le recours au droit national à l'intérieur de certaines limites. Par conséquent, l'article 17 de l'avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale le 30 octobre 1999 permet l'application de règles de compétence du droit national, sous réserve de l'application des règles relatives aux clauses attributives de juridiction, aux compétences de protection, aux compétences exclusives et aux restrictions concernant les mesures

---

<sup>6</sup> Dans la mesure où, en application de l'article 4 des deux Conventions, les chefs de compétence prévus par le droit national (y compris les chefs de compétence exorbitante) peuvent être mis en œuvre à l'encontre de personnes qui ne sont pas domiciliées dans un Etat contractant, les Conventions ne sont pas complètement « fermées ».

<sup>7</sup> Conclusions de la réunion du Groupe de travail sur l'exécution des jugements, *Actes et documents de la Dix-septième session (1993)*, Tome I, *Matières diverses – Centenaire*, §4, p. 257-258.

provisaires et conservatoires, ainsi qu'à la condition que l'exercice de cette compétence ne soit pas prohibé par l'article 18. L'article 18(1) interdit l'application d'une règle de compétence prévue par le droit national d'un Etat contractant à l'encontre d'un défendeur ayant sa résidence habituelle dans un Etat contractant lorsqu'il n'y a pas de lien substantiel entre cet Etat et le litige. L'article 18(2) donne une liste exemplative des compétences prohibées. L'article 24 exclut les jugements rendus sur la base d'une compétence fondée sur le droit national du bénéficiaire du chapitre III de l'avant-projet sur la reconnaissance, mais n'empêche pas que la reconnaissance d'un tel jugement ait lieu sur le fondement du droit national. L'article 26 interdit la reconnaissance d'un jugement rendu sur la base d'une compétence prohibée de l'article 18, tant en application du chapitre III qu'en application du droit national.

Partant, il y a trois types de compétences dans l'avant-projet de Convention :

- 1 Une liste de compétences obligatoires, qui permettent la reconnaissance et l'exécution du jugement dans les autres Etats contractants, sous réserve du « due process », de l'ordre public et de la nécessité d'éviter les décisions inconciliables ;
- 2 Une liste de compétences interdites, qui ne doivent pas être exercées et qui, si elles étaient néanmoins mises en œuvre, interdisent toute possibilité de reconnaissance du jugement qui en résulte; et
- 3 Un ensemble intermédiaire, qui n'entre pas dans les catégories 1 et 2, dans lequel une compétence fondée sur une règle du droit national peut être exercée, et la reconnaissance de la décision qui s'ensuit dépend du droit commun de l'Etat requis.

Une lecture des dispositions de l'avant-projet rendront évidents certains emprunts au texte des Conventions de Bruxelles et de Lugano, jusque dans leurs récentes modifications. De la même façon, la rédaction de la Convention de Bruxelles avait été fortement influencée par le travail de la Conférence de La Haye de droit international privé sur la Convention Jugements de 1971, qui a été achevée en 1966. L'utilisation de la liste des compétences prohibées, qui apparaît pour la première fois dans l'article 4 du Protocole de ce qui est ensuite devenu la Convention Jugements de 1971 est un très bon exemple de ce processus très utile d'influence croisée. Dans certains cas, la Commission spéciale a eu à l'esprit la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles, soit pour s'en servir comme modèle, soit pour identifier clairement ce que la Commission voulait éviter. De la même façon, ont été prises en considération les jurisprudences nationales, de pays européens ou non européens.

Toutefois, l'avant-projet présente plusieurs différences fondamentales avec les Conventions de Bruxelles et de Lugano :

Tout d'abord, comme on l'a signalé, l'avant-projet n'est pas celui d'une « convention double fermée », mais laisse la possibilité d'appliquer des règles de compétence fondées sur le droit national, même entre Etats contractants.

Deuxièmement, et ceci découle logiquement de la remarque précédente, la disposition relative aux compétences prohibées n'est pas simplement didactique, mais représente une réelle limite à l'exercice des compétences fondées sur le droit national.

Troisièmement, comme on le verra plus en détail dans le commentaire de l'article 3, le règlement de la compétence dans l'avant-projet ne repose pas sur le principe général selon lequel la règle de compétence fondamentale est la règle attribuant compétence aux tribunaux du domicile du défendeur, impliquant que toutes les autres règles doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive. Au

contraire, l'avant-projet part du principe qu'il n'existe aucune hiérarchie entre les différentes compétences.

Quatrièmement, il est important de noter que l'avant-projet de Convention n'est pas destiné à un groupe d'Etats frontaliers, partageant les mêmes objectifs sociaux, politiques et économiques. Il est destiné à faire naître une convention à vocation mondiale. Une telle différence peut s'observer notamment dans le fait que reste nécessaire un certain contrôle par le juge requis de l'exercice de sa compétence par le juge d'origine. Mais cette différence permet une plus grande perméabilité de l'avant-projet, ce qui conduit non seulement à des différences de vocabulaire, mais encore à une approche plus souple. Cette souplesse est illustrée, par exemple, par la flexibilité inhérente à la règle de l'article 21, relative à la litispendance, et par l'insertion de la règle de l'article 22, relative au refus d'exercer la compétence, cette seconde disposition étant absente de la Convention de Bruxelles, même dans sa version révisée.

Enfin, l'avant-projet de Convention ne pourra pas bénéficier d'une interprétation uniforme par un seul tribunal. Même si certaines dispositions viseront à encourager l'interprétation uniforme, les arbitres de la Convention seront en définitive les juges nationaux. De même, les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes ne seront pas nécessairement pertinents, même si la disposition appliquée est identique. Des références aux arrêts de la Cour de justice ou des juridictions nationales seront parfois faites dans ce Rapport, dans le but d'illustrer les questions et les problèmes abordés par la Commission spéciale. Mais, ce n'est que dans cette mesure qu'il peut être parfois utile de se référer à de telles décisions, en tant qu'elles ont servi de matériau pour le développement progressif de l'avant-projet de Convention.

## COMMENTAIRE DE LA CONVENTION ARTICLE PAR ARTICLE

### *Préambule*

Le préambule sera rédigé par la Conférence diplomatique.

## CHAPITRE PREMIER – CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

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

#### *Paragraphe 1*

Le premier paragraphe définit le champ d'application matériel de la Convention. Il dispose que la Convention s'applique « en matière civile et commerciale ». Les termes « civile ou commerciale » existent depuis fort longtemps dans les Conventions de La Haye. Ils sont apparus pour la première fois dans les articles premier, 5 et 17 de la Convention relative à la procédure du 14 novembre 1896 et ont rapidement donné lieu à une controverse, lorsqu'au cours de la Quatrième session (1904), certains ont voulu les supprimer, en alléguant que l'expression était trop restrictive<sup>8</sup>. Depuis lors, ces termes ont été utilisés dans de nombreuses autres conventions, tout particulièrement 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* (la « Convention Notification »), et dans la *Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale* (la « Convention Obtention des preuves »). Les termes « civile et commerciale » sont aussi utilisés dans la

<sup>8</sup> Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes*, 4<sup>ème</sup> session, p. 84.

*Convention du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale.* La modification du « ou » en « et » n'implique pas de modification du sens de l'expression. Il n'est certainement pas nécessaire que la matière soit à la fois civile et commerciale : bien que les matières commerciales aient toujours un aspect civil, certaines matières civiles n'ont aucun aspect commercial.

Les Conventions Notification et Obtention des preuves ont été largement reçues à la fois dans les pays de tradition romano-germanique et dans les pays de *common law*. Le Royaume-Uni et les Etats-Unis sont l'un et l'autre Parties à ces deux Conventions. Dans la tradition de la Conférence de La Haye, qui remonte à 1896, les termes « civile ou commerciale » n'ont été définis dans aucune des Conventions précédentes. De la même façon, les termes « civile et commerciale » n'ont pas non plus été définis dans le présent avant-projet. Dans les pays de tradition romano-germanique, l'expression « civile et commerciale » exclut les questions de droit public, même si la définition précise peut varier selon les pays<sup>9</sup>. Sur la question de la définition des termes « civile et commerciale » dans l'article premier de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Bruxelles le 27 septembre 1968 (« Convention de Bruxelles »), le rapport Schlosser<sup>10</sup> explique que ces termes ne sont pas des termes de l'art dans les pays de *common law* comme le Royaume-Uni ou la République d'Irlande, et qu'ils 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 »<sup>11</sup>. 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 ». Comme le fait apparaître l'utilisation du terme « notamment », l'énumération n'est pas exhaustive et comprend d'autres questions de droit public, comme les questions de droit constitutionnel. Mais l'étendue de la définition des termes « matières administratives » est toutefois un peu réduite par l'article 1(3), qui dispose clairement qu'une question ne relève pas automatiquement de la matière administrative du seul fait qu'un gouvernement ou une agence gouvernementale est partie au litige.

Du fait de cette clarification, il devrait être possible d'arriver à une interprétation autonome et uniforme des termes « civile et commerciale », ce qui est d'une grande importance, puisque, par définition, au moins deux Etats sont impliqués : l'Etat dans lequel la compétence a été exercée au départ, et l'Etat requis pour la reconnaissance ou l'exécution. Si aucune définition autonome n'est atteinte, trois voies sont possibles : (i) adopter les définitions de l'Etat d'origine ; (ii) appliquer les définitions de l'Etat requis ; (iii) appliquer cumulativement les deux définitions, en vérifiant que le litige en cause entre bien dans la définition retenue par chacun des Etats<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> GEIMER/SCHÜTZE, *Internationale Urteilsanerkennung*, 1983, Band I, § 19, V et VI.

<sup>10</sup> Rapport sur l'adhésion du Royaume du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni 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 et au Protocole concernant l'interprétation par la Cour de justice, par le professeur PETER SCHLOSSER, *JOCE*, C. 59, 5 mars 1979, p. 83. V. aussi BORN, *International Civil Litigation in United States Courts*, 3<sup>ème</sup> édition, 1996, p. 896.

<sup>11</sup> V., pour l'application de la Convention Obtention des preuves : *Re State of Norway's Application* [1990] 1 AC 723.

<sup>12</sup> V. KROPHOLLER J., *Internationales Privatrecht*, 3<sup>ème</sup> édition, § 60.2.4. L'application cumulative a été mise en œuvre par la Chambre des Lords dans la décision *Re State of Norway's Application* [1990] 1 AC 723. v. aussi, sur la Convention Obtention des preuves, l'analyse similaire faite par le *Hoge Raad* : HR, 21 février 1986, *NIPR* 1986 nr. 337 ; *NJ* 1987 149, dont un résumé figure dans : SUMAMPOUW (dir.), *Les nouvelles Conventions de La Haye*, T. IV, 113.

Les principes directeurs en matière d'interprétation des termes « civile ou commerciale » dans les Conventions Notification et Obtention des preuves ont été analysés par une Commission spéciale réunie en 1989. Cette Commission a adopté les conclusions suivantes sur la question du « champ d'application matériel des deux Conventions » :

- 1 La Commission souhaite que l'expression « matière civile ou commerciale » reçoive une interprétation autonome, sans qu'une référence exclusive soit faite soit à la loi de l'Etat requérant, soit à la loi de l'Etat requis, soit aux deux cumulativement.
- 2 Dans la « zone grise » des matières qui se situent entre le droit privé et le droit public, l'évolution historique devrait amener une ouverture plus large de la notion « civile ou commerciale »; il est notamment admis que le droit de la faillite, le droit des assurances et le droit du travail puissent tomber sous la notion « civile ou commerciale ».
- 3 Par contre, en ce qui concerne d'autres matières considérées par la plupart des Etats comme de droit public, par exemple le droit fiscal, cette évolution ne semble pas pour l'instant conduire à les inclure dans le champ d'application des Conventions.
- 4 Cependant, rien n'empêche des Etats contractants d'appliquer entre eux les deux Conventions à des matières de droit public, mais pas nécessairement d'une manière identique pour les deux Conventions<sup>13</sup>.

Il est évident que les trois premières conclusions au moins sont directement pertinentes pour l'interprétation des termes « civile et commerciale » pour l'avant-projet de Convention.

Il faut remarquer que le champ d'application de l'avant-projet de Convention est défini par référence aux « matières » et non aux « juridictions ». Par conséquent, la qualification de civile et commerciale doit dépendre de la nature du litige et non pas de la nature du tribunal saisi, qu'il soit civil, pénal ou administratif. En particulier, une action civile en dommages et intérêts introduite par la victime ou en son nom en même temps que l'action pénale ne doit pas se voir refuser la qualification de matière civile<sup>14</sup>. De la même façon, le fait que les dommages et intérêts accordés soient des dommages et intérêts punitifs n'empêche pas le litige d'être rendu en matière civile ou commerciale, pour autant que le bénéfice de ces dommages et intérêts aille au demandeur et non à l'Etat<sup>15</sup>. L'article 1(3), qui sera discuté *infra*, montre aussi que le fait qu'un gouvernement ou une agence gouvernementale est partie au litige n'a pas de conséquence nécessaire sur le caractère civil ou commercial de l'affaire, même si, en application de la loi de certains Etats, la participation d'une autorité gouvernementale peut être suffisante pour qualifier la procédure d'administrative.

---

<sup>13</sup> Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger d'actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, 2e édition, 1992, p. 34.

<sup>14</sup> Pour des exemples de dispositions nationales pertinentes, v. J.A. JOLOWICZ, *Procedural Questions, International Encyclopedia of Comparative Law*, XI, Torts (1983), ch. 13 s. 5. Les tribunaux de common law ont accepté ce type de demande, indépendamment de la Convention : *Raulin v. Fischer* [1911] 2 KB 93. Toutefois, le tribunal qui accorde les dommages et intérêts doit avoir statué sur le fondement d'un chef de compétence qui ouvre au jugement la voie de la reconnaissance sur le fondement de la troisième partie de la Convention [comp. article 5-4 de la Convention de Bruxelles].

<sup>15</sup> Sur l'application de la Convention notification, v. la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 7 décembre 1994 – 1 BvR 1249/94 ; NJW 1995, 649 ; RIW 1995, 320, dont un résumé figure dans : SUMAMPOUW (dir.), *Les nouvelles Conventions de La Haye*, T. V, 359. Adde : OLG München, 9 mai 1989 ; 9VA 3/89 ; IPRax 1990, 175, note STÜRNER dont un résumé figure dans : *Les nouvelles Conventions de La Haye*, T. V, 352. Adde : *infra*, article 32-1.



Un consensus s'est dégagé au sein de la Commission spéciale pour que l'application de la Convention soit limitée aux procédures « judiciaires », c'est-à-dire se déroulant devant les organes exerçant le pouvoir judiciaire de l'Etat. Cette solution apparaît dans la définition du champ d'application territorial posée par l'article 2 et dans la définition du terme « jugement », posée par l'article 23. La Convention s'appliquera aux tribunaux de tout niveau.

### *Paragraphe 2*

Le deuxième paragraphe exclut du champ d'application de la Convention certaines questions, malgré leur nature civile ou commerciale. L'exclusion est parfois justifiée par le fait que la question est déjà réglée par une convention internationale, Convention de la Conférence de La Haye, comme pour la plupart des questions de droit de la famille, ou Convention des Nations Unies, comme pour l'arbitrage commercial. D'autres questions sont exclues parce qu'elles sont très spécifiques, comme en matière de faillite ou en matière maritime, et sont plus adéquatement réglées par des textes spéciaux, ou sont trop liées aux problèmes de droit public, comme les questions de sécurité sociale.

### *Lettre a*

Cette disposition exclut l'état et la capacité des personnes physiques. L'intention de la Commission spéciale était d'exclure d'une façon générale toutes les questions de droit de la famille du champ d'application de la Convention, du fait, tout spécialement, des nombreuses Conventions de La Haye qui sont déjà en vigueur en ces matières<sup>16</sup>. A la lumière de cet objectif, les termes « état et capacité des personnes » doivent être interprétés largement, même si cette interprétation est plus large que celle qui est reçue dans certains systèmes nationaux. Il ne fait pas de doute que les actions relatives à la validité ou la nullité des mariages et des séparations légales, à la dissolution et l'annulation des mariages, relatives à la formation ou aux limites de la personnalité juridique, les déclarations ou présomptions relatives au décès d'une personne, la paternité ou la filiation, ou encore les actions concernant le nom d'une personne ou l'adoption d'un enfant, toutes ces questions relèvent du statut des personnes et sont, par conséquent, exclues<sup>17</sup>. Sont aussi exclues les actions relatives à l'état et à la capacité des mineurs et des personnes physiquement ou intellectuellement incapables de conclure un acte juridique, comme un contrat ou un testament. De façon moins évidente, au moins pour les pays de *common law*, sont exclues toutes les actions qui concernent l'entretien, la garde, le contrôle et le droit de visite concernant un enfant, que l'action soit ou non liée à un divorce, que les parents soient ou non mariés<sup>18</sup>. Quoi qu'il en soit, les experts des pays de tradition romano-germanique ont considéré que ces questions seraient exclues du fait de cette

---

<sup>16</sup> *Convention du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants ; Convention du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants ; Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs ; Convention du 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption ; Convention du 1<sup>er</sup> juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps ; Convention du 2 octobre 1973 sur la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires ; Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires ; Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux ; Convention du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages ; Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants ; Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale ; Convention du 19 octobre 1996 sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants ; Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes. Toutes ces Conventions, à l'exception des deux dernières, sont en vigueur.*

<sup>17</sup> V. FRAGISTAS, *op.cit.*, §4 III 2 (a), p. 367.

<sup>18</sup> Comp. l'analyse par SCHLOSSER, *op. cit.*, p. 89 de la formule similaire utilisée par l'article 1, paragraphe 1, de la Convention de Bruxelles.

formulation, et qu'une telle exclusion était en accord avec la politique générale décrite ci-dessus.

Il faut souligner que l'exclusion ne s'applique qu'aux actions qui ont pour objet principal l'une des matières exclues. Il ne doit pas être possible d'exclure l'application de la Convention en soulevant simplement un problème de nullité d'un mariage ou l'incapacité d'un mineur à titre de question incidente. De plus, l'exclusion ne concerne que l'état et la capacité des personnes physiques. Les questions de statut et de validité des personnes morales et de la compétence de leurs organes entrent dans le champ d'application de la Convention<sup>19</sup>.

#### *Lettre b*

Cette disposition exclut les obligations alimentaires du champ d'application de la Convention. Cette question a déjà fait l'objet de plusieurs Conventions de La Haye et pourrait être à nouveau remise sur le programme de ces prochaines années. Dans la mesure où tant les questions d'obligations alimentaires que celles de régimes matrimoniaux sont exclues du champ d'application de la Convention, les problèmes liés à la détermination d'une frontière exacte entre les deux, qui se sont posés dans le cadre de la mise en œuvre d'autres conventions, ne se poseront pas ici<sup>20</sup>.

#### *Lettre c*

Cette disposition exclut du champ d'application de la Convention les régimes matrimoniaux et les autres effets du mariage ou de relations analogues. Bien que les termes « régimes matrimoniaux » soient communément utilisés dans la plupart des pays de tradition romano-germanique et dans quelques pays de *common law* pour décrire les différentes formes d'organisation de la propriété commune des biens des époux, les termes s'appliquent aussi aux systèmes de séparation de biens, qui sont la norme dans la plupart des pays de *common law*<sup>21</sup>. La disposition concerne tous les droits de propriété qui peuvent naître pour les époux du fait de leur statut matrimonial, y compris les droits relatifs à la résidence matrimoniale, qui font l'objet de dispositions spécifiques dans de nombreux pays. L'addition des termes « et les autres effets du mariage » vise à expliciter le fait que les demandes relatives à la redistribution de la propriété entre les époux du fait de leur relation maritale qui peut exister du fait de droit non écrit, de principes d'équité, ou de la loi, sont aussi exclues de la Convention.

Dans un nombre de plus en plus important de pays, des dispositions spécifiques sont adoptées concernant les droits de propriété des concubins (personnes de sexes opposés qui cohabitent en dehors du mariage) ou des partenaires de même sexe dans le cadre d'un partenariat enregistré<sup>22</sup>. Souvent, ces droits ressemblent à ceux qui existent entre personnes mariées voire les copient purement et simplement. Les termes « ou de relations analogues » ont été ajoutés pour que l'exclusion de ces droits et obligations du champ d'application de la Convention ne fasse pas de doute<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> V. *infra*, article 12 (2) de l'avant-projet.

<sup>20</sup> V., par exemple, dans le cadre de la Convention de Bruxelles, *De Cavel c. De Cavel* (n° 2), *Recueil des arrêts*, 1980, 731.

<sup>21</sup> V. le rapport de la Commission spéciale par ALFRED E. VON OVERBECK, *Actes et documents de la Treizième session (1976)*, t. II, *Régimes matrimoniaux*, p. 138 §1.

<sup>22</sup> Pour une vue d'ensemble sur les lois en matière de concubinage en 1986, v. STRIEWE P., *Ausländisches und Internationales Privatrecht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, 1986. Pour une étude récente des partenariats enregistrés, v. FORDER C. et LOMBARDO S. H., *Civil Law Aspects of Emerging Forms of Registered Partnerships*, 1999, Ministère de la Justice, La Haye. Dans certains pays, les dispositions sur le concubinage ont été étendues pour inclure les relations entre personnes du même sexe, p. ex. De Facto Relationships Amendment Act 1999 (NSW – Australie).

<sup>23</sup> Comp. l'addition des termes « ou d'une relation analogue » dans l'article 4(1) c de la Convention sur la protection des enfants de 1996.

Quelle que soit la position adoptée sur ces questions, il doit en tout cas être clair que des demandes en justice ne sont pas nécessairement exclues uniquement parce qu'elles sont liées à un mariage ou à une relation analogue au mariage. Une action purement contractuelle ou délictuelle ou une action relative à un droit de propriété n'est pas exclue de la Convention sous prétexte qu'elle naît entre un mari et une femme. Une telle action n'entrerait pas dans la disposition de la lettre c.

#### *Lettre d*

Cette disposition exclut les testaments et successions du champ d'application de la Convention. Ici encore, il s'agit d'une matière que la Conférence de La Haye a déjà eu l'occasion d'aborder par le passé<sup>24</sup>. Bien que l'utilisation du terme « testaments » puisse sembler superflu à certains, il permet de rendre explicite l'exclusion de la Convention des questions de validité formelle ou matérielle de toutes les dispositions prises par une personne en prévision de son décès. Pour les besoins de la Convention succession, son rapporteur a proposé une définition du terme « succession » qui était la suivante :

« Aux fins de la Convention, il semble que soient inclus : 1) une « disposition à cause de mort » ..., c'est-à-dire un acte volontaire de transfert, que ce soit sous forme testamentaire ou sous celle d'un pacte successoral, et 2) le transfert de propriété à cause de mort résultant de la loi quand : a) il n'y a pas d'acte volontaire de ce genre ou b) l'acte volontaire est totalement ou partiellement invalide ou c) la loi oblige à distribuer aux membres de la famille les biens appartenant au défunt<sup>25</sup> ».

Cette définition est utile pour saisir l'essence du concept de succession dans l'avant-projet de Convention. Il y a d'autres matières couvertes par ce terme, notamment les « attributions prélevées sur la succession par une autorité judiciaire ou par une autre autorité au profit de personnes proches du défunt<sup>26</sup> » qu'elles soient ou non membres de la famille. En ce qui concerne les trusts créés par voie testamentaire, tous les litiges relatifs à la validité ou l'interprétation du testament instituant le trust sont exclus de la Convention. Toutefois, les litiges relatifs aux effets, à l'administration ou à la détermination des droits au sein du trust entre *trustee* et bénéficiaire<sup>27</sup>, ou encore les litiges entre les administrateurs du trust et les tiers entrent dans le champ d'application de la Convention. Mais les questions qui peuvent naître du fait du décès d'une personne ne sont pas toutes considérées comme des questions de successions. On peut citer en exemple la « *joint tenancy* » du droit des pays de *common law*, où le co-détenteur survivant devient automatiquement titulaire de l'ensemble des droits, ou encore la « *life tenancy* » ou l'usufruit, qui sont éteints par le décès du bénéficiaire. Les litiges relatifs à ces droits ne sont pas exclus de la Convention.

#### *Lettre e*

Cette disposition exclut l'insolvabilité, les concordats et procédures analogues du champ d'application de la Convention. Le terme « insolvabilité » recouvre, bien évidemment, à la fois les procédures collectives engagées contre un particulier et les procédures de redressement ou de liquidation engagées contre une entreprise en état de cessation des paiements, dans les pays qui distinguent encore ces deux types de procédures. Il importe peu que la procédure soit ouverte ou diligentée par les créanciers ou par la personne insolvable elle-même, ou que la procédure soit ou non

<sup>24</sup> Convention du 5 octobre 1961 sur les conflits de en matière de forme des dispositions testamentaires ; Convention du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions ; Convention du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort (qui n'est pas encore en vigueur).

<sup>25</sup> Rapport explicatif de DONOVAN W. M. WATERS, *Actes et documents de la Seizième session (1988)*, t. II, *Successions – loi applicable*, p. 537, § 28.

<sup>26</sup> Convention du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort, article 7 (2) a.

<sup>27</sup> V. *infra* : article 11(1) de l'avant-projet.

judiciaire. Le terme « insolvabilité » ne recouvre pas le redressement ou la liquidation des entreprises qui serait fondée sur d'autres motifs que l'insolvabilité.

Le terme « concordat » renvoie à la procédure par laquelle le débiteur peut passer un accord avec ses créanciers instituant un moratoire pour le paiement des dettes, ou par lequel il est déchargé de ces dettes. Les termes « procédures analogues » englobent toutes les procédures par lesquelles une personne ou une entreprise insolvable peut faire l'objet d'une assistance pour revenir à meilleure fortune sans cesser d'exercer leur activité commerciale, telles les procédures prévues au chapitre 11 du *Federal Bankruptcy Code* des Etats-Unis ou la deuxième partie de l'*Insolvency Act 1986* du Royaume-Uni.

#### *Lettre f*

Dans de nombreux pays, les lois relatives à la sécurité sociale sont analysées comme des lois de droit public, et pour cette raison, sont exclues du champ d'application de la Convention. Mais, dans la mesure où la sécurité sociale peut aussi être analysée comme appartenant au droit privé, elle fait l'objet d'une exclusion expresse.

#### *Lettre g*

Cette disposition exclut l'arbitrage et les procédures y afférentes du champ d'application de la Convention. Un large accord s'est dessiné au sein de la Commission spéciale pour que la Convention ne puisse interférer avec la mise en œuvre des conventions internationales sur ce sujet, la plus importante étant la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, adoptée à New York le 10 juin 1958. Un débat a toutefois eu lieu au sein de la Commission spéciale sur la question de savoir comment la Convention pourrait traiter les questions liées à l'interaction d'une procédure judiciaire et d'une procédure arbitrale. Quoi qu'il en soit, l'inclusion des termes « et des procédures y afférentes » indique que l'exclusion de l'arbitrage doit être entendue en son sens le plus large. Non seulement la Convention ne s'applique pas à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, mais elle ne s'applique pas non plus aux litiges portant sur des questions suivantes : la désignation des arbitres, la validité de la clause compromissoire, les questions de droit soumises à un tribunal en marge d'une procédure arbitrale ou tout autre litige par lequel une juridiction apporte une aide à une procédure arbitrale.

#### *Lettre h*

Cette disposition exclut les matières maritimes du champ d'application de la Convention. Bien qu'il n'existe pas dans le texte français d'équivalent pour le terme anglais « *admiralty* », il est sous-entendu que l'expression française « les matières maritimes » recouvre la notion d'« *admiralty* » connue du droit anglo-américain. En raison de la nature très spécifique de ces questions et du fait que tous les Etats ne sont pas parties aux Conventions internationales applicables, la Commission a décidé d'exclure ce sujet du champ d'application de la Convention. Par conséquent, la Convention ne s'appliquera pas aux litiges impliquant des navires, des cargaisons ou l'emploi de gens de mer, y compris les litiges relatifs à l'état défectueux du navire ou de sa conduite, ou bien relatifs à un contrat de location de navire, à un transport de marchandises ou à un passager du navire<sup>28</sup>. Ces matières sont régies par le droit commun de l'Etat dont les tribunaux sont saisis ou, le cas échéant, les conventions internationales spéciales auxquelles cet Etat pourrait être Partie.

#### *Paragraphe 3*

---

<sup>28</sup> V. Supreme Court Act 1981 (Royaume-Uni), s. 20 et, aux Etats-Unis : *Carnival Cruise Lines v. Shute* 499 US 585 (1991).

Ce paragraphe vise à rendre plus clairs les termes « matière civile et commerciale ». La qualification d'un litige ne peut pas dépendre simplement du fait qu'un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute autre personne agissant pour le compte de l'Etat y est partie. Une délégation, dans le Document de travail No 286, a expliqué que, selon elle, la Convention avait vocation à s'appliquer dans les litiges impliquant l'Etat, si le litige en cause réunissait les conditions essentielles suivantes :

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

Bien qu'il soit vain de vouloir définir exhaustivement les limites exactes de cette question, il nous semble effectivement que les critères proposés sont bien les critères essentiels pour définir dans quelles conditions un litige impliquant un Etat peut être analysé comme un litige en « matière civile et commerciale ». Comme on l'a vu, la qualification de « matière civile et commerciale » n'est pas affectée par la nature du tribunal saisi, même si ce tribunal est pénal ou administratif.

A l'inverse, par opposition aux litiges liés aux obligations nées d'un contrat ou aux obligations imposées par la loi, comme en matière délictuelle, les actions entamées par ou contre des Etats visant à appliquer ou à empêcher la violation d'une réglementation administrative ne sont évidemment pas considérées comme des actions « en matière civile et commerciale ». Toutefois, ceci n'exclut pas la possibilité qu'une demande en matière civile et commerciale soit soulevée à l'occasion d'un litige de nature administrative, comme par exemple une demande en réparation d'un consommateur soulevée à l'occasion d'un litige diligenté par l'Etat et visant à sanctionner ou à interdire une pratique illégale de la part d'un professionnel. Une telle situation est analogue à celle, déjà envisagée, de l'action civile liée à un procès pénal.

#### *Paragraphe 4*

Certaines inquiétudes ont pu être soulevées au cours de la Commission spéciale, liées au risque que le paragraphe 3 puisse être interprété de telle sorte qu'il affecterait les privilèges et immunités étatiques reconnus en droit national ou international. Telle n'était certainement pas l'intention des rédacteurs du paragraphe 3, qui souhaitent simplement rendre sans conséquence l'implication de l'Etat comme partie au litige sur la qualification de « civile et commerciale ». Pour que la question soit parfaitement claire, le paragraphe 4 réaffirme cette solution. Par ailleurs, quoique la question ne soit pas explicitement abordée, il est tout aussi certain que les immunités diplomatiques ou consulaires applicables du fait des différentes conventions internationales ne sont pas non plus affectées par l'avant-projet.

### **Article 2 – Champ d'application territorial**

Cet article définit le champ d'application territorial, ou géographique, de la Convention et précise dans quelles situations les règles de compétence directe du chapitre II et les règles sur la reconnaissance et l'exécution du chapitre III sont applicables. En définissant ce champ d'application territorial, la Commission spéciale a été particulièrement vigilante sur le fait que la définition adoptée n'entraîne pas de conflit de conventions avec les instruments internationaux existants, tout en ne préjugant pas de la nécessité d'une clause de déconnexion pour sauvegarder le fonctionnement de ces instruments.

### *Paragraphe 1*

Ce paragraphe définit le champ d'application des règles de compétence directe du chapitre II, selon le principe que ces règles s'appliquent dans tous les cas où le tribunal saisi est le tribunal d'un Etat contractant. Le critère retenu diffère donc du critère dont s'inspirent d'autres conventions, notamment les Conventions de Bruxelles et de Lugano, d'après lesquelles l'applicabilité des compétences conventionnelles, à l'exception des compétences exclusives et du for prorogé, dépend du domicile du défendeur dans un Etat contractant<sup>29</sup>. Aux termes de la Convention, au contraire, la résidence habituelle du défendeur dans un Etat contractant n'est pas une condition nécessaire pour l'application des compétences prévues dans la Convention même. La seule situation dans laquelle elle joue un rôle se vérifie à propos de l'interdiction d'utiliser les fors exorbitants dans le cadre du droit national, qui se trouve limitée, aux termes de l'article 18, au cas où le défendeur réside habituellement dans un Etat contractant<sup>30</sup>.

Le principe selon lequel les règles conventionnelles sur la compétence directe s'appliquent indépendamment de la résidence du défendeur rencontre toutefois une limitation lorsque toutes les parties ont leur résidence habituelle dans l'Etat du tribunal saisi. L'inapplicabilité des règles de la Convention dans ce cas se justifie au motif qu'on est en présence d'un cas purement interne, sans éléments d'internationalité. Toutefois, cette inapplicabilité n'est pas totale, et se trouve à son tour limitée lorsque la soumission d'un litige aux règles nationales pourrait affecter le fonctionnement de la Convention. Il s'agit des situations caractérisées par une élection de for, ou par le jeu des compétences exclusives, ou encore par la litispendance ou d'autres circonstances qui permettent à un tribunal de refuser d'exercer la compétence.

#### *Lettre a) - Election de for*

Malgré la résidence habituelle de toutes les parties dans le même Etat contractant, le tribunal saisi doit faire application de l'article 4 si les parties sont convenues d'un tribunal ou des tribunaux d'un autre Etat contractant pour connaître du différend. Dans un pareil cas, en effet, la méconnaissance de la règle conventionnelle sur l'élection de for affecterait la compétence d'un autre Etat contractant, qui se verrait nier une compétence qui lui a été attribuée par les parties. Il en va autrement lorsque les parties ont choisi le tribunal ou les tribunaux d'un pays tiers, bien que l'on puisse douter de l'opportunité d'exclure dans ce cas l'application de l'article 4<sup>31</sup>.

#### *Lettre b) - Compétences exclusives*

De même qu'en matière d'élection de for, l'existence dans un autre Etat contractant d'une compétence déclarée exclusive par la Convention entraîne son applicabilité alors même que toutes les parties résident habituellement dans l'Etat du tribunal saisi. La règle attribuant une compétence exclusive aux tribunaux d'un Etat contractant doit pouvoir s'appliquer indépendamment de la résidence des parties en cause ; elle ne peut donc être influencée ni par la résidence des parties dans l'Etat du juge saisi ni par leur résidence dans un pays tiers.

#### *Lettre c) - Litispendance et refus d'exercer la compétence*

<sup>29</sup> V. article 2 des deux Conventions, à l'applicabilité duquel est subordonné le recours aux fors spéciaux et facultatifs prévus par la Convention.

<sup>30</sup> Il en découle que, lorsque le défendeur ne réside pas habituellement dans un Etat contractant, les rattachements exorbitants de l'article 18 peuvent être utilisés dans le cadre du droit national aux termes de l'article 19 (v. ci-après le commentaire des articles précités).

<sup>31</sup> Il est à noter que l'article 4 (voir le commentaire ci-après) reconnaît la validité des conventions d'élection de for aussi lorsqu'elles désignent les tribunaux d'Etats non contractants.

La résidence de toutes les parties dans l'Etat du tribunal saisi n'affecte pas non plus l'application des dispositions conventionnelles qui règlent la concurrence d'actions dans plusieurs Etats contractants. En effet, puisque les compétences établies par la Convention ne dépendent pas de la résidence des parties, il peut bien arriver que sur le même litige les tribunaux de deux Etats contractants soient également compétents en vertu de la Convention, alors même que toutes les parties ont leur résidence habituelle dans un même Etat. La coordination que les articles 21 et 22 instituent entre les juridictions des Etats contractants doit donc être respectée en toute circonstance, pour assurer le bon fonctionnement de la Convention.

### *Paragraphe 2*

En vertu de ce paragraphe le champ d'application des règles du chapitre III est défini par la circonstance qu'il s'agisse d'un jugement rendu dans un Etat contractant et que la question de la reconnaissance et de l'exécution se pose dans un autre Etat contractant. La Commission spéciale a ainsi choisi d'admettre également à la reconnaissance ou à l'exécution en vertu du chapitre III les jugements rendus dans l'Etat d'origine pour des affaires purement internes, lorsque l'affaire devient internationale du fait que le jugement rendu doit produire des effets dans un autre Etat contractant. La disposition générale du paragraphe 2, qui concerne en principe tout jugement rendu dans un Etat contractant, doit en outre être coordonnée avec l'article 24, selon lequel le chapitre III ne s'applique pas aux jugements fondés sur une compétence prévue par le droit national en vertu de l'article 17. Du fait de cette coordination de dispositions, le champ d'application du chapitre III se trouve par conséquent restreint d'une part aux jugements fondés sur une compétence prévue par les articles 3 à 13 ou conforme à ces compétences, qui bénéficieront des règles de reconnaissance et d'exécution de la Convention, et d'autre part aux jugements fondés sur une compétence non conforme aux dispositions sur l'élection de for, sur les règles de protection, sur les compétences exclusives ou en violation des compétences interdites, qui ne peuvent pas être reconnus ni exécutés.

## **CHAPITRE II – COMPETENCE**

### ***Article 3 – For du défendeur***

Cet article contient la première règle de compétence de la Convention, et définit le for général du défendeur, qu'il s'agisse d'une personne physique ou autre. Ce faisant, la Convention suit une tendance bien établie des conventions internationales en matière de compétence internationale, de même que des systèmes nationaux lorsqu'ils définissent la compétence directe des juridictions nationales, en prévoyant un for général fondé sur le principe que le demandeur peut porter son action devant le juge du défendeur. Ce principe, qui s'exprime dans la maxime « *actor sequitur forum rei* », tend à favoriser le défendeur et semble encore plus justifié dans le domaine international qu'en droit interne, car il est bien plus difficile de se défendre devant les tribunaux d'un pays étranger que devant un autre tribunal de son propre pays<sup>32</sup>.

Dans la plupart des cas, tant en droit conventionnel qu'en droit interne, la prévision d'un for général est accompagnée par d'autres compétences qui, sauf le cas des compétences exclusives, se présentent comme alternatives au for général. C'est le cas, entre autres, de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, qui prévoit le for général de l'Etat du domicile du défendeur.

---

<sup>32</sup> FRAGISTAS, *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966)* ; et aussi JENARD, Rapport sur la Convention de Bruxelles, *sub art. 2*.

Toutefois d'autres conventions, telle la Convention de Bruxelles susmentionnée, instituent une relation étroite entre le for général et les compétences alternatives, de telle manière que l'applicabilité de ces dernières est subordonnée à l'existence du for général dans un des Etats contractants. Aucune connection de ce type n'est établie dans l'avant-projet de Convention. La nature générale de la compétence prévue à l'article 3 ne dérive donc pas du fait que seulement son existence dans un cas d'espèce permet l'application, par voie de dérogation, des compétences spéciales ayant un caractère alternatif, mais uniquement du fait qu'elle n'est pas restreinte à un domaine matériel spécifique et qu'elle peut être exercée à l'égard de n'importe quelle demande, indépendamment de la matière visée par celle-ci, avec les seules limitations résultant d'une élection de for (article 4) ou des règles fixant des compétences exclusives (article 12) ou des compétences de protection (articles 7, 8).

En outre, l'absence d'une relation bien définie entre le for général du défendeur et les compétences prévues par la Convention implique que le for du défendeur se situe sur un plan d'égalité avec les autres fors prévus dans les articles suivants. En d'autres termes, il s'agit d'un des fors à la disposition du demandeur, en alternative avec les autres compétences prévues par la Convention (et, dans la mesure où elles ne sont pas interdites par celle-ci, par le droit national de chaque Etat contractant), sans aucune priorité par rapport à ces dernières.

### *Paragraphe 1*

En vertu du premier paragraphe, le for du défendeur est fixé à sa résidence habituelle. C'est une solution sur laquelle la Commission spéciale a trouvé facilement un accord, après avoir examiné et écarté d'autres critères qui auraient pu exprimer le rattachement du défendeur avec un pays donné, tels la nationalité et le domicile.

En effet, la nationalité n'exprime pas un rattachement significatif dans la matière civile et commerciale visée par la Convention, à tel point qu'elle ne peut y trouver aucune place (voir article 18). Quant au domicile, son emploi présente des inconvénients bien connus liés à sa différente qualification en droit comparé<sup>33</sup>. Bien qu'il soit retenu comme rattachement principal dans d'autres conventions internationales, y compris la Convention de Bruxelles, il a donc été écarté en faveur de la résidence habituelle. Certes, même la notion de résidence habituelle n'est pas purement factuelle et peut se prêter à des interprétations divergentes<sup>34</sup> ; toutefois il est indéniable qu'elle a un caractère de fait plus marqué, dans la mesure où elle tend à indiquer la présence, plus ou moins prolongée, d'une personne dans un lieu déterminé et à n'attacher qu'un rôle éventuel et non nécessaire à sa volonté d'y rester<sup>35</sup>. Il ne faut pas oublier non plus que le rattachement de la résidence habituelle a été constamment employé dans les Conventions de La Haye et que son application concrète n'a jamais posé de graves difficultés. A la lumière de ce qui précède, il a été jugé superflu de donner une définition de résidence habituelle dans la Convention.

Aucune disposition ne vise la situation où la résidence habituelle ne puisse pas être établie dans un cas d'espèce. Il est toutefois à remarquer qu'une telle situation ne pourra se vérifier que très rarement ; en outre, la circonstance – soulignée ci-dessus – que dans le système de la Convention la résidence habituelle du défendeur ne constitue pas le for fondamental, de l'existence duquel dépend l'application des fors spéciaux, mais n'est qu'un des fors à la disposition du demandeur, sur un plan d'égalité avec les fors spéciaux, rend cette question d'importance décidément mineure.

---

<sup>33</sup> V. déjà RABEL E., *The Conflicts of Laws. A Comparative Study*, 2<sup>e</sup> éd., I, p. 117 et s. ; et POCAR F., Observations sur la notion de domicile dans les conventions internationales, *Annuaire AAA*, vol. 35 (1965), p. 176-182.

<sup>34</sup> BAETGE D., *Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht*, 1994, p. 44-85.

<sup>35</sup> CLIVE E., The Concept of Habitual Residence, *The Juridical Review*, 1997, p. 137-147.



## Paragraphe 2

Le deuxième paragraphe définit le for du défendeur lorsque ce dernier n'est pas une personne physique. On notera que la qualité des défendeurs visés par la disposition y est indiquée par une formule négative. Celle-ci a été préférée à une indication positive, afin d'y inclure non seulement les sociétés et personnes morales ayant une personnalité juridique, mais également toute autre association de personnes physiques ou morales dépourvue de personnalité juridique tout en étant habilitée, selon la loi qui les régit, à ester en justice.

Par ailleurs, le choix de la résidence habituelle comme rattachement pour les personnes physiques rendait problématique l'emploi du même rattachement en matière de personnes morales<sup>36</sup> sans en donner une définition. Toutefois, compte tenu du fait qu'une telle définition aurait dû de toute façon s'exprimer en une pluralité de rattachements, la disposition se réfère à ces derniers, sans essayer de les rapporter à une notion unitaire. La complexité et la variété des situations qui se présentent dans la pratique, ainsi que l'opportunité d'offrir un for au demandeur dans le cas où une société présente des liens avec plusieurs pays, justifient quatre points de rattachement, qui figurent dans les lettres de *a)* à *d)*. La liste n'établit aucune hiérarchie : les critères sont donc alternatifs et constituent une série d'options à la disposition du demandeur, qui pourra porter son action contre le défendeur devant les tribunaux de l'Etat indiqué par l'un ou par l'autre, à son choix. Il est à noter toutefois, ainsi qu'il ressort de l'examen des rattachements ci-après, que les lettres *a)* et *b)* n'offrent pas une vraie option au demandeur, mais sont plutôt alternatives entre elles.

### *Lettre a) - Siège statutaire*

La notion de siège social est bien établie en droit civil, même si sa définition peut varier d'un pays à l'autre, mais est inconnue d'autres systèmes juridiques, et notamment des pays de *common law*. Cela explique pourquoi d'autres conventions internationales qui s'y réfèrent aient dû en donner une définition directe ou indirecte<sup>37</sup>, ou bien l'utiliser en tant que rattachement alternatif à d'autres<sup>38</sup>. La Convention suit les deux approches : d'une part, pour éviter des interprétations divergentes, elle précise qu'il s'agit du siège mentionné dans les statuts ou actes constitutifs de la société ou autre personne morale ; de l'autre, le siège statutaire figure dans la Convention en tant qu'un des rattachements alternatifs pour déterminer le for du défendeur. Il y a lieu de préciser que dans la mesure où on fait entrer dans la notion de siège statutaire le « *registered office* » du droit anglais, ce n'est que l'« *office* » principal qui doit être pris en compte.

### *Lettre b) - Loi de constitution*

Pour combler la lacune découlant pour certains pays de l'impossibilité d'avoir recours au rattachement du siège social, la Convention retient en alternative le critère de l'Etat selon la loi duquel la personne a été constituée. Ce critère coïncide normalement avec le lieu d'enregistrement de la société, dans lequel la société a un « bureau enregistré » (« *registered office* »), mais le rattachement permet de couvrir également le cas où la société n'a nulle part de « *registered office* »<sup>39</sup>; il est enfin susceptible de

<sup>36</sup> Ce qui aurait été plus facile si le critère retenu pour les personnes physiques avait été le domicile.

<sup>37</sup> Par exemple l'article 53 de la Convention de Bruxelles laissait expressément sa qualification au droit international privé du juge saisi, et dans son texte révisé en propose une définition directe pour les pays qui ne la connaissent pas (voir ci-après, sub *b)*).

<sup>38</sup> Telle est par exemple la situation retenue par l'article 10 de la Convention de La Haye de 1971.

<sup>39</sup> Il est intéressant de remarquer que la Convention de Bruxelles révisée, qui n'utilise que le rattachement du siège statutaire, définit ensuite cette expression, pour le Royaume-Uni et l'Irlande, comme indiquant « le « *registered office* » ou, s'il n'existe nulle part de « *registered office* », le lieu d'acquisition de la personnalité morale ou, s'il n'existe nulle part de lieu d'acquisition de la personnalité morale, le lieu selon la loi duquel la constitution a été effectuée ».

s'appliquer tant aux sociétés et autres entités ayant une personnalité morale qu'aux associations qui ne sont pas destinées à l'acquiescer.

#### *Lettre c) - Administration centrale*

Ce rattachement vise le lieu où les décisions relatives à la gestion de la société ou autre entité sont prises, à savoir le lieu où, selon les statuts ou en fait, le conseil d'administration d'une société se réunit ou les personnes habilitées à prendre les décisions concernant l'organisation et l'activité d'une personne morale ou d'une association dépourvue de personnalité juridique adoptent ces décisions. Il s'agit d'un critère qu'on a souvent invoqué comme suffisant pour rattacher une personne morale à un pays donné, mais dont la détermination devient de plus en plus difficile et douteuse, à la lumière des nouvelles techniques désormais utilisées pour la prise de décisions concernant des sociétés exerçant une activité dans plusieurs pays. La possibilité d'adopter des décisions par vidéoconférence ou autre moyen de communication électronique, lorsqu'il s'agit d'un organe collégial, ou de communiquer une décision « en ligne » de la part de la personne habilitée à cet effet, permet la prise de décision dans des lieux variables selon les circonstances, le lieu d'adoption de la décision ne pouvant être identifié. C'est bien pour cette raison que l'application de ce critère présente des marges d'incertitude, à cause desquelles il ne peut pas suffire à lui seul et ne peut que figurer dans une liste d'options à la disposition du demandeur.

#### *Lettre d) - Principal établissement*

A la différence de l'administration centrale, ce rattachement indique le lieu où l'activité de la personne morale se déroule à titre principal. Il s'agit donc d'un critère factuel qui devra être identifié cas par cas, en examinant l'activité de la personne morale. Là aussi, des incertitudes pourraient surgir lorsqu'une société exerce des activités équivalentes dans plusieurs pays ; il y a lieu de remarquer toutefois que souvent l'exercice d'activités par le moyen de succursales ou établissements secondaires facilitera la tâche consistant à déterminer le lieu où la société conduit l'essentiel de ses activités.

### **Article 4 – Election de for**

#### *Paragraphe – Clause attributive de juridiction*

##### *Champ d'application*

Le champ d'application géographique de l'article 4 est défini dans l'article 2, présenté ci-dessus. La Commission spéciale a rejeté une proposition visant à ajouter aux exigences posées par l'article 2 un critère d'internationalité supplémentaire. Dans l'hypothèse où des parties habituellement résidentes dans un seul Etat contractant choisissent le tribunal d'un autre Etat contractant, aucune autre condition n'est exigée. Par exemple, il n'est pas nécessaire que le contrat prévoie une fourniture transfrontière de biens ou de services ou que ce contrat soit lié à une autre transaction de nature internationale. Il n'y a pas ici lieu d'appliquer la « *teleologische Reduktion* »<sup>40</sup>.

##### *Accord*

---

<sup>40</sup> V. KESSEDIAN C., *Doc. prélim. No 7*, § 104. Pour une discussion des différentes analyses de l'article 17 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, v. GAUDEMET-TALLON H., *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2<sup>ème</sup> édition, pp. 82-84 ; KROPHOLLER J., *Europäisches Zivilprozessrecht*, 6<sup>e</sup> Auflage, p. 228-232 ; BERNASCONI C. et GERBER A., *Der Räumlich-persönliche Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens*, 1993, 3 SZIER/RSDIE 39, spéc. pp. 57-61. Il faut toutefois rappeler que les dispositions des Conventions de Bruxelles et de Lugano sont substantiellement différentes.

Il faut un accord entre les parties. Une désignation unilatérale, dans une facture ou un document émanant d'une seule des parties n'est pas suffisant en elle-même<sup>41</sup>, à moins que cette désignation soit le reflet d'un usage régulièrement suivi par les parties ou résulte d'un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance dans la branche commerciale en cause<sup>42</sup>. Il n'est pas nécessaire que la clause fasse l'objet d'un accord explicite de la part des deux parties ou soit signée par les deux parties. Il suffit qu'il résulte des circonstances de l'affaire que les parties se sont effectivement accordées ou peuvent être considérées comme s'étant accordées. Dans cette mesure, une partie à un contrat d'adhésion contenant une clause attributive de juridiction peut être considérée comme ayant donné son accord, à moins qu'elle puisse bénéficier de la protection accordée par les articles 7 ou 8<sup>43</sup>. De la même façon, le membre d'une société ou d'une association peut, du fait de cette qualité de membre, être réputé avoir accepté une clause attributive de juridiction contenue dans l'acte constitutif de la personne morale, qu'il ait ou non spécifiquement donné son accord à cet acte. L'accord doit être conclu en la forme prévue par le paragraphe 2 et doit être valable au fond.

#### *Licéité de l'accord*

Une question préalable peut se poser, qui est celle de savoir si les parties peuvent soumettre leur litige à un tribunal étranger. Certaines règles nationales peuvent explicitement prohiber de tels accords<sup>44</sup>. Dans d'autres pays, l'ordre public a été invoqué pour invalider certaines clauses attributives de juridiction<sup>45</sup>. Vu la disposition spécifique de l'avant-projet contenue dans l'article 4(3), relative à l'inefficacité des clauses attributives de juridictions dans certaines situations, la disposition de l'article 17 relative aux limites du recours au droit national et l'absence de réserve de l'ordre public dans le chapitre II, il n'y a pas lieu de permettre l'interférence de règles nationales posant des conditions sur le caractère licite de l'élection de for<sup>46</sup>.

#### *Validité au fond de l'accord*

Le paragraphe 2 ne concerne que la validité en la forme de l'accord. Aucune disposition de la Convention ne traite de la question de savoir quelles sont les conditions de fond applicables à la validité d'une clause attributive de juridiction, comme par exemple les conditions relatives à la validité du consentement. Une telle solution a pour origine l'opinion de la Commission spéciale, selon laquelle la question de validité au fond relève des droits nationaux. Pour cette raison, ce sont les règles de droit national du juge saisi, y compris ses règles de droit international privé, qui vont trancher les questions juridiques posées par le consentement<sup>47</sup> ; seule la question purement factuelle de savoir si les parties ont effectivement donné leur accord relève de la Convention.

#### *Le tribunal ou les tribunaux d'un Etat*

---

<sup>41</sup> V. *infra* : article 18 (2) g.

<sup>42</sup> V. article 4 (2) c et d.

<sup>43</sup> Comp. avec l'article 4 de la Convention sur les accords d'élection de for du 25 novembre 1965 (qui n'est pas en vigueur), qui visait à protéger la partie faible. Dans la présente Convention, la protection de la partie faible est assurée par l'article 4 (3).

<sup>44</sup> On peut trouver un exemple dans le *Carriage of Goods by the Sea Act 1991* (Australie), s. 11 (2) qui prive d'effet toute disposition du connaissement relatif au transport de marchandises vers ou depuis l'Australie qui aurait pour effet de « limiter ou exclure » la compétence d'un tribunal australien.

<sup>45</sup> V. la discussion menée dans BORN G. B., *International Civil Litigation in United States Court*, 3<sup>ème</sup> édition, pp. 414-417 .

<sup>46</sup> V. KESSEDIAN C., *Doc. prélim. No 7*, § 105 et 106 (sur la licéité uniquement).

<sup>47</sup> V. la discussion de l'ensemble de ces questions et les références citées dans NYGH, *Autonomy in International Contracts*, OUP, 1999, p. 93-94.

Les parties peuvent choisir ou bien un tribunal particulier, ou bien plusieurs tribunaux particuliers ou encore, les tribunaux d'un Etat, contractant ou non contractant. Dans cette dernière situation, une certaine incertitude peut naître si les parties désignent, sans spécifier, les tribunaux d'un Etat comportant plusieurs systèmes judiciaires, comme le Royaume-Uni ou la Suisse. En l'absence de disposition expresse dans la Convention sur ce sujet, il semble que dans ce cas, le demandeur puisse se prévaloir de la compétence de tous les tribunaux de l'Etat désigné<sup>48</sup>. Toutefois, un point est acquis : les parties ne peuvent pas, par leur accord, conférer compétence à un tribunal qui ne peut être saisi de l'affaire parce que sa compétence est limitée à certaines questions ou à des litiges d'un certain montant (compétence *ratione materiae*). L'accord des parties ne peut influencer que sur la compétence quant aux personnes (compétence *ratione personae*).

#### *Lien de rattachement avec le for désigné*

L'article 4 ne pose aucune condition quant à l'existence d'un lien de rattachement entre le juge choisi et les parties, la question soulevée par le litige ou la loi applicable<sup>49</sup>. Le paragraphe 1 a pour effet de conférer compétence au tribunal désigné, même s'il n'existe aucun lien de rattachement. En accord avec le principe d'autonomie, qui sous-tend la disposition, il revient aux parties de déterminer si leur choix est ou n'est pas raisonnable. Les seules limitations figurent à l'article 4(3). Il s'ensuit que le tribunal d'un Etat contractant désigné par les parties ne peut pas refuser d'exercer sa compétence, sauf si cela lui est permis par la Convention<sup>50</sup>. En particulier, le tribunal, s'il a été désigné comme exclusivement compétent, ne peut pas refuser d'exercer sa compétence dans les conditions prévues par l'article 21(7) ou 22(1), en alléguant qu'un autre tribunal est clairement plus approprié que lui pour connaître du litige.

#### *Les différends nés ou à naître d'un rapport de droit déterminé*

Il est clair, du fait de la première partie de cette formulation, que les parties peuvent s'accorder sur le choix d'un tribunal aussi bien avant qu'après la naissance du litige. Il peut s'agir d'un accord qui s'insère dans le cadre d'un contrat plus large comme d'un accord *ad hoc*, comme par exemple l'accord donné par une partie d'accepter l'acte introductif d'instance et de ne pas contester la compétence du tribunal saisi. Bien qu'il soit plus probable que cette disposition soit utilisée dans des différends nés à l'occasion d'une relation contractuelle, aucune raison ne s'oppose à ce d'autres différends, en matière de responsabilité civile délictuelle, par exemple, fassent l'objet d'un accord sur la compétence d'un tribunal particulier.

Une limite importante vient de ce que le différend doit être né ou à naître à l'occasion « d'un rapport de droit déterminé ». De ce fait, un choix très ouvert visant « tout différend pouvant naître entre les parties de tout rapport de droit entre elles, présent ou à venir » ne saurait être suffisant. D'un autre côté, le rapport de droit visé peut concerner tout différend naissant à l'occasion du contrat formé entre les parties. Le rapport de droit doit être identifiable au moment de l'accord, même si la nature exacte du litige peut ne pas être déterminée à ce moment.

#### *Compétence exclusive à moins que les parties n'en aient décidé autrement*

<sup>48</sup> Comp. avec l'article 1 (a) de la Convention sur le choix d'un tribunal, qui renvoyait à « l'ordre juridique interne ou aux ordres juridiques internes de cet Etat ». La Convention actuelle ne prévoit pas de telle disposition. Pour une discussion de la situation aux Royaume-Uni, v. BRIGGS A. et REES P., *op. cit.*, p. 71-72. Pour la Suisse, v. BERNASCONI C. et GERBER A., *op. cit.*, p. 57.

<sup>49</sup> Les droits nationaux posent parfois de telles conditions : v. la *Loi suisse de droit international privé de 1987*, article 5 (3). Aux Pays-Bas, v. l'arrêt *Piscator : Hoge Raad*, 1<sup>er</sup> février 1985, [1985] *NJ* 689, qui a exigé un « rattachement raisonnable » pour qu'un tribunal néerlandais puisse être valablement choisi.

<sup>50</sup> Cette affirmation est renforcée par la disposition de l'article 22(1) de l'avant-projet de Convention.

Traditionnellement, dans les pays de *common law*, l'accord sur le choix d'un tribunal n'est pas considéré comme excluant la possibilité de saisir d'autres tribunaux compétents, à moins que le caractère exclusif du choix soit explicite ou résulte nécessairement de l'accord. Du fait de la solution adoptée par la Convention, la présomption sera inversée pour ces pays. Si rien n'est indiqué, sinon que les parties se sont mises d'accord pour rendre compétent(s) le tribunal ou les tribunaux d'un autre Etat contractant, cette compétence sera exclusive de toute autre (sous réserve des dispositions des articles 7, 8 ou 12, v. *infra*), à moins que la solution inverse ne résulte explicitement ou nécessairement du choix des parties. Toutefois, la formulation utilisée permet aux parties de choisir des fors non exclusifs, en plus des fors ouverts par la Convention. Plus encore, les termes « à moins que les parties n'en aient décidé autrement » permettent de montrer que c'est bien l'autonomie des parties qui sous-tend toute cette disposition. Elles peuvent prévoir que plusieurs fors auront compétence exclusive pour statuer sur certaines obligations particulières ou bien laisser ouvert le choix du tribunal à l'une des parties.

Les termes « seuls compétents » dans cette disposition indiquent que cette compétence est dérogoire par rapport à toutes les règles de compétence posées par la Convention, y compris les règles de compétence fondées sur le droit national, auxquelles il reste possible de recourir du fait de l'article 17. Les tribunaux dont la compétence ne peut pas être exclue sont : le tribunal devant lequel le défendeur a comparu volontairement, en application de l'article 5, les tribunaux désignés par les règles de compétence de protection des articles 7 et 8 et les tribunaux dont la compétence est exclusive du fait de l'article 12. Le tribunal à la compétence duquel la clause déroge doit décliner sa compétence en faveur du tribunal désigné s'il s'agit du tribunal d'un Etat contractant : l'exercice discrétionnaire de la compétence, qui permet à des juridictions de pays de *common law* de se déclarer compétentes à l'encontre d'une clause attributive de juridiction, est incompatible avec les termes de la Convention. Du fait de l'article 26, un jugement rendu sur la base d'une compétence exercée en violation d'une clause attributive de juridiction, que cette compétence résulte du chapitre II de la Convention ou du droit national dans la mesure autorisée par l'article 17 « ne peut pas être reconnu ni exécuté ».

#### *Effet du choix d'un tribunal d'un Etat contractant*

Le tribunal de l'Etat contractant qui a été choisi par une clause attributive de juridiction valable, exclusive ou non exclusive, devient compétent, même s'il ne l'était pas en vertu des dispositions du chapitre II. Toutefois, dans la mesure où la Convention ne cherche pas à modifier les règles internes de compétence, l'accord ne peut pas donner compétence à un tribunal dont la compétence d'attribution est limitée par le droit national, par exemple aux questions de procédures collectives ou aux actions matrimoniales.

#### *Choix d'un tribunal ou des tribunaux d'un Etat non contractant*

Dans la seconde phrase du paragraphe 1, une disposition spécifique est consacrée au choix d'un tribunal d'un Etat non contractant. En principe, l'effet est le même : l'accord, sous réserve qu'il remplisse les conditions déjà mentionnées, exclut la compétence des Etats contractants qui auraient pu être désignés par les règles de la Convention, sauf accord des parties. Mais la Convention ne peut pas imposer ou conférer une compétence aux tribunaux d'Etats non contractants. C'est pour cela que les tribunaux des Etats contractants peuvent choisir de surseoir à statuer, en attendant de voir si le tribunal ou les tribunaux désigné(s) accepte(nt) ou non leur compétence. Ils peuvent aussi se déclarer incompétents sans attendre cette vérification tant que le tribunal élu ne s'est pas lui-même déclaré incompétent. Ce qui leur est interdit, c'est de décider d'exercer la compétence, tant que le tribunal élu n'a pas de son côté refusé d'exercer sa propre compétence.

#### *Clauses attributives de juridictions et mesures provisoires et conservatoires*

Dans l'article 4, la Commission spéciale n'a pas prévu de disposition sur la question de savoir si les tribunaux des Etats contractants peuvent se déclarer compétents pour accorder des mesures provisoires et conservatoires, malgré le choix exclusif exercé par les parties en faveur du tribunal d'un autre Etat contractant. Il ressort de la lecture de l'article 13(1) (à supposer que l'article 4(3) ne soit pas applicable), que les tribunaux saisis malgré les dispositions d'une clause attributive de juridiction ne pourront prononcer de mesure provisoire et conservatoire, faute d'être compétents pour connaître du fond. Mais cette réserve ne s'applique pas aux tribunaux désignés par les articles 13(2) et 13(3). Dans cette mesure, des mesures provisoires et conservatoires pourront être prises pour des biens situés sur le territoire du for, de même que pourra être prononcée, malgré une clause attribuant compétence exclusive, une mesure provisoire dont l'efficacité sera limitée uniquement au territoire du juge saisi et destinée à la protection temporaire d'une action au fond déjà pendante.

#### *Clauses attributives de juridictions dans les actes constitutifs de trusts*

Ces clauses font l'objet de l'article 11, *infra*, qui pose des règles spécifiques sur l'efficacité et la forme des clauses attributives de juridictions contenues dans l'acte constitutif d'un trust résultant tant d'un accord que d'une stipulation unilatérale, donation ou testament. Dans cette mesure, et sous réserve de l'article 4(3), les dispositions de l'article 4 ne s'appliquent pas aux clauses attributives de juridiction contenues dans un acte constitutif de trust, qui relèvent de l'article 11.

#### *Paragraphe 2 – Validité formelle*

Ce paragraphe pose les conditions qui doivent être réunies pour que l'accord soit valable en la forme. Il pose des conditions alternatives qui forment à la fois les exigences minimales et maximales et qui, par conséquent, excluent l'application des lois nationales sur cette question. Une proposition visant à admettre qu'une clause soit formellement valable si elle a été conclue sous une forme acceptée par le tribunal saisi a été rejetée par la Commission. De la même façon, il est exclu qu'un Etat contractant puisse exiger le respect d'autres exigences formelles, comme par exemple le fait que la clause soit rédigée dans une langue particulière ou soit signée par chacune des parties. La charge de la preuve du respect de ces conditions pèse sur la partie qui invoque l'accord.

Les termes « conclue ou confirmée » s'appliquent à chacune des méthodes décrites dans les lettres a) à d), inclusivement.

#### *Lettres a) et b) - Forme enregistrée*

La méthode principale pour prouver l'existence d'un accord d'élection de for consiste à renvoyer à un texte qui peut être consigné par écrit ou sous une autre forme susceptible d'être conservée pour un usage futur, comme un message électronique. L'accord d'origine ne doit pas nécessairement faire l'objet d'un écrit : il peut s'agir d'un accord oral. Il suffit que l'accord ait été ensuite confirmé sous une forme enregistrée<sup>51</sup>. Il s'ensuit que la signature par chacune des parties n'est pas essentielle ; l'acceptation ou la confirmation de l'accord enregistré peut être établi par d'autres moyens. Un accord sur le choix d'une juridiction peut être incorporé dans un autre document ou confirmé par la référence qui y est faite dans un autre document, comme des conditions générales de vente internationale. Dans cette situation, pour répondre aux exigences des lettres a) et b), la référence ou la confirmation doit être enregistrée, sous forme écrite ou par un autre moyen de communication.

---

<sup>51</sup> Comp. avec l'article 17 (a) de la Convention de Bruxelles qui parle de « confirmation écrite ». L'utilisation du terme « confirmé » laisse penser que ce qui est nécessaire est une véritable acceptation écrite, plutôt qu'un simple enregistrement de l'accord.

Manifestement, une acceptation formellement consignée de la part de la partie à qui la clause a été proposée serait la meilleure des preuves. Mais elle n'est pas essentielle : l'accord peut être inféré d'autres actes ou actions, ou même du défaut d'opposition pendant un temps déterminé. De la même façon, il n'est pas nécessaire que la partie à qui on oppose la clause ait donné une confirmation écrite ou consignée par d'autres moyens.

*Lettre c) - Usage régulièrement suivi par les parties*

Dans ce cas, la forme écrite ou sa consignation par un autre moyen est inutile. L'accord peut être conclu ou confirmé oralement, voire même tacitement, si telle est la pratique régulière des parties dans leurs relations contractuelles. Le meilleur exemple d'une clause tacite est celui de deux parties qui, après avoir conclu par écrit un contrat contenant une clause attributive de juridiction pour une transaction particulière, ont conclu des transactions postérieures sans nouvel accord écrit. Dans cette situation, il est possible de présumer que les parties ont entendu maintenir les termes de leur relation contractuelle<sup>52</sup>.

*Lettre d) - Usage dans une branche commerciale particulière*

Dans ce cas encore, la forme écrite ou sa consignation par un autre moyen est inutile. L'accord ou la confirmation peuvent être purement verbaux voire même tacite, s'ils résultent d'une certaine conduite ou de l'absence de contestation d'un usage établi. Cette disposition diffère de la précédente en ce que l'usage ne doit pas nécessairement refléter la pratique antérieurement suivie par les parties. Toutefois, il doit s'agir d'un usage (i) dont les parties avaient ou étaient censées avoir connaissance et (ii) régulièrement observé par les parties à des contrats de même nature dans la branche commerciale en cause.

*Paragraphe 3 – Absence de validité de certains accords*

Le paragraphe 3 refuse de valider certains accords attributifs de compétence qui violent les restrictions imposées par les articles 7 (contrats conclus par des consommateurs) et 8 (contrats individuels de travail) ou qui ne sont pas compatibles avec les compétences exclusives prévues à l'article 12. Du fait des termes par lesquels s'ouvre l'article 5, il est clair qu'un accord visant à attribuer une compétence non exclusive à un tribunal qui n'est pas celui exclusivement compétent au sens de l'article 12 serait lui aussi inefficace<sup>53</sup>. Des restrictions de même nature sont imposées aux clauses attributives de juridiction contenues dans des actes constitutifs de trusts.

**Article 5 – Comparution du défendeur**

*Paragraphe 1 – Absence de contestation de la compétence*

L'article 5 traite de la compétence fondée sur l'absence de contestation par le défendeur de la compétence du tribunal saisi. Du fait de sa comparution, le défendeur confère au tribunal saisi une compétence obligatoire dont il aurait pu être dépourvu sans cela. Un jugement rendu sur une telle compétence est susceptible d'être reconnu dans les conditions posées par le chapitre III de la Convention, quelle que soit la règle de compétence invoquée au départ par le demandeur. La solution s'applique si le tribunal saisi a au départ utilisé l'une des règles de compétence nationale dont l'utilisation est autorisée par l'article 17. Si le défendeur se défend au fond sans contester la compétence, le jugement obtenu sera considéré comme rendu par un tribunal compétent du fait de l'article 5. En s'abstenant de contester la compétence, un chef de compétence de la « zone grise » devient un chef de compétence admis.

<sup>52</sup> Cette situation s'est présentée dans l'arrêt *Iveco c. Fiat*, CJCE 11 nov. 1986, *Recueil des arrêts*, 1986. 3337.

<sup>53</sup> V. aussi *infra*, article 26.

Cependant, la compétence susceptible d'être contestée est celle qui est instituée par la Convention, c'est-à-dire la compétence fondée sur les articles 3 à 16 inclus de la Convention. Le défendeur, dans une procédure fondée uniquement sur une compétence de l'article 17 devrait attirer l'attention du tribunal sur le fait que celui-ci est dépourvu de compétence en vertu de ces dispositions.

La compétence fondée sur la comparution volontaire de l'article 5 peut aussi être acceptée quand le tribunal a fondé sa compétence sur un chef de compétence interdit par l'article 18. Dans ce cas, la compétence du tribunal est fondée sur la comparution volontaire du défendeur, ou sur la prorogation tacite et non sur le seul fondement de « l'un ou plusieurs des critères » posés par l'article 18(2). De la même façon, la comparution du défendeur efface toute clause antérieure attribuant compétence exclusive à un autre tribunal : la comparution peut en effet être analysée comme une variante d'un tel accord, sous une forme tacite. Enfin, les restrictions que les articles 7 (contrats conclus par des consommateurs) et 8 (contrats individuels de travail) imposent aux accords sur la compétence, ne sont pas non plus applicables à l'article 5.

La seule limite à l'article 5 est celle qui est imposée par l'article 12. Un défendeur ne peut pas conférer compétence à un tribunal par comparution volontaire si c'est le tribunal d'un autre Etat contractant qui est exclusivement compétent du fait de l'article 12. Si l'existence d'une compétence exclusive n'est pas soulevée par les parties, le juge devra la soulever d'office. Du fait de l'article 26, un jugement rendu sur la base d'une compétence qui viole l'article 12 ne sera pas reconnu ou exécuté. Le fait que les parties ne soulèvent pas cette question ne peut suffire à remédier à cette irrégularité.

#### *Paragraphe 2 – Droit de contester la compétence*

Dans de nombreux systèmes juridiques, il est possible de soulever l'incompétence à un stade préliminaire, avant toute défense au fond. Plusieurs systèmes peuvent même exiger qu'il en soit ainsi. Dans d'autres systèmes, le défendeur peut être autorisé, voire même contraint, à soulever l'exception d'incompétence et à se défendre au fond simultanément. La procédure à suivre relève du droit national du tribunal saisi ; toutefois, dans chacune de ces situations, le défendeur ne peut être obligé de se soumettre à la compétence du tribunal saisi. Dans la plupart des droits nationaux, le tribunal peut exercer une compétence au fond s'il rejette l'exception d'incompétence soulevée par le défendeur. De par l'article 5, si le défendeur conteste la compétence dans le temps imparti, le tribunal saisi ne sera pas automatiquement compétent, même si le défendeur décide ensuite de participer pleinement au procès engagé au fond. Si le tribunal saisi au départ estime pour répondre à l'exception soulevée qu'il est compétent en application de l'une des règles de compétence posée par les articles 3 à 16 de la Convention, le jugement rendu sera susceptible de reconnaissance en application du chapitre III de la Convention. Toutefois, en application de l'article 27, le tribunal requis devra lui-même vérifier la compétence du tribunal d'origine et pourra parvenir à une conclusion opposée, sauf sur les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence. Si le tribunal saisi au départ estime qu'il est compétent sur le fondement d'une règle du droit national en application de l'article 17, le jugement rendu ne sera pas susceptible de reconnaissance en application du chapitre III de la Convention. Si le défendeur ne comparait pas du tout, l'article 5 n'est pas applicable.

Quand, en application du chapitre III, la reconnaissance et/ou l'exécution est demandée, le tribunal requis devra vérifier, en application de l'article 27, si le tribunal d'origine était compétent au sens de l'article 5. Ceci pourrait conduire le tribunal requis à estimer que l'attitude du défendeur, qui a été considérée comme une comparution volontaire par le tribunal d'origine, n'en est pas une au sens du droit de l'Etat du juge requis. Dans la mesure où les procédures nationales peuvent varier et où la Convention ne cherche pas à réglementer les questions de procédure, le tribunal requis doit prendre sa décision en application des règles de procédure du tribunal



d'origine et non en application de ses règles propres, sous réserve du respect des dispositions du paragraphe 2<sup>54</sup>.

Le paragraphe 2 accorde au défendeur le droit de contester la compétence. Bien que la Convention ne cherche pas à réglementer la procédure, un système juridique qui ne reconnaîtrait pas un tel droit violerait la Convention. Tant que la première défense au fond n'a pas été présentée, le défendeur peut contester la compétence. Une telle solution s'applique même si le défendeur a déjà exécuté certains actes judiciaires, par exemple, s'il a accepté la notification, ou s'il a demandé à ce que d'autres documents lui soient notifiés ou encore s'il a procédé à une comparution purement formelle sans contester la compétence<sup>55</sup>. La technique par laquelle l'objection à la compétence du tribunal saisi doit être soulevée relève du droit national.

Il va sans dire que la décision du défendeur de ne pas contester la compétence doit être prise librement et après information. La Convention n'impose au tribunal aucune obligation de vérifier pour lui-même que telle est bien la situation. Toutefois, ceci n'empêche en rien le tribunal saisi de s'enquérir du caractère libre et informé de la comparution dans les situations où une telle enquête lui semble nécessaire, par exemple lorsqu'il existe un important déséquilibre entre les parties du fait de leurs ressources ou des conditions de leur représentation ou autre<sup>56</sup>.

La compétence doit être contestée par le défendeur au plus tard au moment de sa première défense au fond. Cette disposition règle le délai maximal pendant lequel pourra être soulevée l'exception d'incompétence. Des propositions visant à faire de ce délai un minimum, susceptible d'être étendu par application du droit national du tribunal saisi ont été rejetées par la Commission spéciale. Pour cette raison, si un défendeur ne conteste pas la compétence au plus tard au moment de sa première défense au fond, le tribunal saisi sera considéré comme compétent au sens de l'article 5, même si, en application de ses règles nationales, l'objection aurait pu être soulevée ultérieurement. La Convention ne définit pas le « moment de sa première défense au fond ». Les termes renvoient au moment où la première défense au fond est effectivement présentée, et non au moment où, en application du droit national, cette défense aurait dû être présentée. Bien qu'une défense présentée après le délai prescrit soit nulle, la plupart des systèmes juridiques nationaux permettent une prorogation de ce délai. Il revient aux règles nationales de procédure de définir ce qui constitue une première défense au fond<sup>57</sup>.

## **Article 6 – Contrats**

L'article 6 définit des compétences en matière contractuelle, comme une option additionnelle au for du défendeur prévu à l'article 3. La Commission spéciale a beaucoup hésité dans la formulation de cette disposition, car l'introduction même d'un for contractuel pouvait être contestée. D'abord, il est à prévoir que, dans le domaine matériel de la Convention, de nombreux contrats comportent une clause d'élection de for valide et exclusive, et rendent par conséquent peu utile un for contractuel. En outre, l'insertion d'une disposition sur la compétence en la matière, ainsi qu'en

<sup>54</sup> Une telle approche a été suivie par SCOTT J. dans la décision : *Adams v. Cape Industries Plc* [1991] Ch. 433, spéc. p. 461, où la Cour a estimé que certains actes réalisés devant la juridiction étrangère et qui n'ont pas été considérés comme suffisants pour constituer une acceptation de la compétence du tribunal saisi ne devaient pas être analysés comme une comparution volontaire pour les besoins de la reconnaissance de ce jugement en Angleterre.

<sup>55</sup> La notion de « comparution » est largement définie dans certains systèmes : The American Law Institute, *Restatement of the Law, Second, Conflict of Laws*, 1986 Révision (Avant-projet), § 33, Commentaire b.

<sup>56</sup> V. KESSEDIAN C., *Doc. prélim. No 7*, § 109.

<sup>57</sup> Dans la décision *Kurz v. Stella Musical GmbH* [1992] Ch. 196, spéc. p. 202, HOFFMANN J. a défini le « moment de la première défense au fond » dans le contexte de l'article 18 de la Convention de Bruxelles comme « le moment où, en application des règles nationales de procédure, le défendeur expose pour la première fois sa ligne de défense ».

matière délictuelle, implique des questions de qualifications – pour établir ce qui relève de l'une ou l'autre des deux matières – qui sont bien difficiles à régler de manière autonome, vu la variété de solutions retenues par les systèmes de droit nationaux<sup>58</sup>. En l'état actuel du texte cette qualification ne peut qu'être faite par le juge saisi soit selon son propre droit soit selon le droit désigné par ses règles de conflit de lois. Cette même qualification devrait par ailleurs être acceptée comme telle par le juge requis au stade de la reconnaissance et de l'exécution puisque l'article 27 ne lui permet pas de revenir sur cette question, la Commission spéciale n'ayant pas retenu les suggestions faites à cet égard.

On pourrait essayer de surmonter les difficultés découlant de la qualification des matières contractuelles et délictuelles par la prévision d'une compétence fondée sur l'activité – qui pourrait rendre inutiles les dispositions sur les contrats, les délits et les succursales - mais la définition du type et du degré d'activité nécessaire pour établir une base de compétence n'est pas sans problèmes. Après avoir longuement discuté de cette question et tenté de rédiger une disposition à cet égard, la Commission spéciale y a renoncé sauf à insérer des précisions à l'article 9 et à l'article 18, deuxième paragraphe, lettre e<sup>59</sup>.

A la question de savoir s'il est préférable d'avoir une pluralité de règles de compétence spécifique à chaque type contractuel ou plutôt une règle unique pour tous les contrats, la Convention donne une solution mixte. Sans mentionner aucun contrat spécifique, l'article 6 identifie deux catégories de contrats d'application fréquente dans la pratique, chacune pouvant inclure plusieurs contrats différents, à savoir les contrats de fourniture d'objets mobiliers corporels et les contrats de prestations de services, ainsi que les contrats qui portent à la fois sur les deux. Pour chaque catégorie la Convention établit une compétence spéciale ; pour les autres contrats aucun for contractuel n'est prévu.

Cette compétence spéciale est fondée sur le lieu d'exécution du contrat, ce qui implique la détermination de l'obligation à prendre en compte à cette fin. Dans le but de résoudre les difficultés qui se posent en la matière et qui ressortent clairement de l'application d'autres textes conventionnels qui adoptent le lieu d'exécution en tant que rattachement du for contractuel, la Convention évite des formules générales pour définir l'obligation qui doit être prise en considération, telle l'obligation qui sert de base à la demande ou l'obligation caractéristique du contrat, et désigne directement, pour les catégories de contrats qu'elle vise, l'obligation pertinente pour la détermination du for contractuel.

#### *Lettre a) - Fourniture d'objets mobiliers corporels*

Cette catégorie de contrats inclut la vente et, vraisemblablement, tout contrat qui peut prévoir la mise à disposition d'un objet mobilier corporel, tels la sous-traitance, la location, le crédit-bail, etc. Il n'inclut pas, au contraire, les contrats de fourniture d'objets qu'on ne peut pas qualifier de mobiliers corporels, tels les actions d'une société ou les droits de propriété intellectuelle. Mais il faut noter que la Convention ne qualifie pas l'expression « objets mobiliers corporels », à la différence d'autres conventions, telle la Convention de La Haye sur la vente du 15 juin 1955. L'application de la disposition sur le for contractuel dépendra donc dans certains cas de la qualification donnée par la loi du juge saisi ou désignée par ses règles de conflit<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Notamment en ce qui concerne les questions de restitution ou d'enrichissement sans cause en cas de nullité du contrat, ou bien certains aspects de la responsabilité civile, qui peuvent être regardés comme contractuels ou non contractuels. Cf. à ce propos les difficultés de définition de la ligne de frontière entre contrat et délit rencontrée dans l'application de la Convention de Bruxelles (voir arrêt *Kalfelis*), qui seraient bien plus graves sans l'assistance d'une Cour qui puisse interpréter la Convention.

<sup>59</sup> Voir ci-après le commentaire des articles mentionnés.

<sup>60</sup> Il est à noter, par ailleurs, que l'expression « objets mobiliers corporels » employée dans le texte français est rendue dans le texte anglais par « goods », qui correspondrait mieux au terme français « marchandises »;

Le demandeur peut porter son action devant le tribunal de l'Etat dans lequel les objets ont été fournis en tout ou en partie. Il est partant nécessaire, pour fonder la compétence du tribunal saisi, qu'un principe d'exécution de la prestation de fourniture ait eu lieu. Si cela est le cas, toute action contractuelle est admise, même lorsqu'elle ne porte pas sur la fourniture elle-même, mais par exemple sur la validité du contrat. L'expression « en tout ou en partie » vise à la fois le cas où la fourniture a eu lieu intégralement dans le même pays et le cas où elle n'a eu lieu que partiellement dans le même ou dans des différents pays. Il est donc possible pour le demandeur de saisir le tribunal de n'importe quel pays où a été fournie une partie des marchandises (même infime par rapport à l'ensemble du contrat) et de demander à ce tribunal de statuer sur toutes les questions découlant du contrat. Il est également possible que le demandeur puisse avoir une pluralité de fors à sa disposition, lorsqu'une partie de la fourniture a eu lieu dans plusieurs pays. Bien que le rattachement puisse avoir souvent un contenu purement factuel, sa détermination n'exclut pas nécessairement le recours aux règles de conflit du for pour déterminer le lieu de la fourniture, notamment lorsque le litige porte sur la question de savoir si et où la fourniture a eu lieu en tout ou en partie.

#### *Lettre b) - Prestation de services*

Cette catégorie de contrats inclut tout contrat portant sur une prestation de services. Là aussi, aucune qualification de l'expression « services » n'est donnée, de telle sorte qu'elle dépendra dans une certaine mesure du juge saisi. Le rattachement est de nouveau à l'Etat dans lequel les services ont été rendus en tout ou en partie ; les mêmes considérations faites à propos de la fourniture d'objets mobiliers corporels s'appliquent.

#### *Lettre c) - Prestations mixtes*

Cette catégorie de contrats vise les contrats portant à la fois sur une fourniture d'objets mobiliers corporels et une prestation de services. Dans ce cas, la détermination du for contractuel implique qu'on identifie au préalable la prestation principale du contrat. A cette prestation on appliquera le même principe retenu pour les autres catégories de contrats. Le for contractuel sera donc dans l'Etat dans lequel la prestation principale a été exécutée en tout ou en partie. Il y a lieu de remarquer que cette disposition ne vise pas les contrats portant à la fois sur plusieurs fournitures d'objets mobiliers corporels ou sur plusieurs prestations de services, pour lesquels aucune recherche de la prestation principale ne semble être admise. Sa portée consiste par conséquent à exclure qu'à l'égard d'un contrat portant à la fois sur des prestations de fourniture et de services, on puisse fonder la compétence sur le lieu d'exécution soit de l'obligation de fourniture de biens soit de celle de prestation de services.

Ainsi qu'il ressort de l'examen des contrats pour lesquels un for contractuel est prévu, la Convention ne règle pas la matière contractuelle de façon exhaustive. De nombreux contrats échappent au domaine d'application de l'article 6. A leurs égard, un for contractuel n'est pas disponible selon la Convention. Le juge saisi peut fonder sa compétence en la matière, le cas échéant, sur le for du défendeur ou le for élu par les parties ou le for de la succursale, ou encore sur d'autres compétences prévues par le droit national, dans la mesure où elles ne sont pas interdites par la Convention. Il en est de même pour les catégories de contrats auxquelles l'article 6 se réfère, lorsque l'exécution n'a pas eu lieu et qu'aucune fourniture ni aucune prestation de services n'a été effectuée. L'article 6 ne s'appliquant pas dans ces cas, la compétence du juge saisi peut être établie sur la base des autres fors disponibles selon la Convention, y compris

---

il serait par conséquent peut-être préférable de retenir ce terme ainsi que le fait la *Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises du 22 décembre 1986*.

les fors prévus par le droit national, sauf si ces derniers tombent sous l'interdiction de l'article 18.

### **Article 7 – Contrats conclus par les consommateurs**

Cet article prévoit des règles spéciales de compétence en matière de contrats de consommation, dans le but de donner une protection au consommateur à l'occasion d'actions intentées par lui ou portées contre lui. Afin d'atteindre leur but, ces compétences prévalent, dans leur champ d'application, sur les autres compétences prévues par la Convention, et dérogent également aux compétences nationales applicables en vertu de l'article 17.

La définition du champ d'application personnelle de l'article 7 est faite par rapport à la qualification du terme « consommateur ». Deux options sont normalement proposées : l'une consiste à définir le consommateur comme la personne qui agit en dehors de son activité professionnelle ou commerciale, l'autre met l'accent sur le but spécifique pour lequel la personne agit, indépendamment du cadre dans lequel elle agit<sup>61</sup>. La Convention retient la deuxième option, en définissant le consommateur comme la personne qui a conclu un contrat « pour un usage étranger à son activité professionnelle ou commerciale ». Cette solution correspond à celle suivie par d'autres conventions internationales, y compris la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente, qui exclut les ventes de marchandises pour un usage personnel, familial ou domestique (article 2, lettre a)), et la *Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*, qui s'exprime dans le même sens (article 2, lettre c))<sup>62</sup>, ainsi que la Convention de Bruxelles, qui vise les contrats conclus par une personne « pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle » (article 13, paragraphe 1).

Quant à l'autre partie au contrat, le champ d'application personnelle de la disposition est délimité par le fait qu'en concluant le contrat elle a agi dans le cadre de ses activités professionnelles ou commerciales, ainsi que le précise le paragraphe 2 ou, comme l'indique avec une formule équivalente le paragraphe 1, lettre a), que la conclusion du contrat est liée aux activités professionnelles ou commerciales de cette partie.

#### *Paragraphe 1*

En vertu de ce paragraphe le consommateur peut porter son action devant les tribunaux de l'Etat de sa résidence habituelle. La protection consiste donc à permettre au consommateur de déployer sa défense judiciaire dans l'environnement qui lui est propre, sans devoir se déplacer dans un pays étranger. S'agissant d'une compétence à la disposition du demandeur, elle ne déroge pas aux autres fors disponibles aux termes de la Convention, mais s'ajoute à ces derniers. Le consommateur demeure ainsi libre d'utiliser le for du défendeur (article 3), le for contractuel (article 6) ou encore le for de la succursale (article 9), dans les cas où ces derniers ne coïncident pas avec le for de protection.

La possibilité pour le consommateur-demandeur de recourir au for de sa résidence habituelle n'est toutefois pas illimitée. Elle n'existe que si la personne qui a conclu le contrat dans le cadre de ses activités professionnelles ou commerciales a tenu un comportement actif pour atteindre le consommateur dans le pays de sa résidence.

---

<sup>61</sup> Voir PELICHET M., Mémoire sur les ventes aux consommateurs, Conférence de La Haye de d.i.p., *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, t. II, *Ventes aux consommateurs*, p. 7.

<sup>62</sup> Voir aussi le Projet d'articles sur la vente aux consommateurs adopté par la Quatorzième session de la Conférence de La Haye (article 1).

Deux conditions sont posées dans ce contexte : *a)*, que le défendeur ait exercé dans l'Etat de résidence du consommateur, ou dirigé vers cet Etat, des activités, notamment en sollicitant des affaires par des moyens de publicité, et que le contrat soit lié à ces activités ; et *b)*, que le consommateur ait accompli les démarches nécessaires à la conclusion du contrat dans cet Etat. Du premier point de vue n'importe quel moyen de publicité permettant d'atteindre le consommateur à sa résidence est visé par la disposition : à côté des moyens de communication traditionnels (tels la poste, la presse, le téléphone ou la télévision), les moyens électroniques peuvent également jouer à cet égard, lorsque par exemple la publicité ou une offre de contracter sont faites par l'intermédiaire d'Internet<sup>63</sup>. Sous le deuxième aspect, il est indispensable que le consommateur ait accompli l'activité nécessaire à la conclusion du contrat dans le pays où il réside, selon n'importe quelle modalité, et y compris en utilisant son ordinateur pour répondre à une offre par Internet. Il s'ensuit que la règle de compétence ne s'applique pas si le consommateur s'est rendu à l'étranger pour contracter ou a adressé lui-même l'offre de contracter sans que le défendeur ait exercé une activité quelconque dans l'Etat du consommateur ou dirigé une publicité vers cet Etat<sup>64</sup>.

### *Paragraphe 2*

Ce paragraphe établit que le cocontractant du consommateur ne peut intenter une action en matière contractuelle contre celui-ci que devant les tribunaux de l'Etat de la résidence habituelle du défendeur, et donc devant le for général de ce dernier. Sa portée est par conséquent tout simplement d'exclure dans ce cas tout autre for prévu par la Convention, et notamment le for contractuel de l'article 6. Ici aussi la protection consiste en l'avantage pour le consommateur de se défendre en justice dans son pays, sans être obligé à se déplacer, dans le cas où le for contractuel ne coïncide pas avec le lieu de sa résidence.

### *Paragraphe 3*

Ce paragraphe vise à limiter la liberté dont disposent normalement les parties, en vertu de l'article 4, de choisir le for compétent pour connaître des différends nés ou à naître entre elles. Il s'agit de protéger la partie faible au contrat et d'éviter que la partie plus forte puisse lui imposer de soumettre des litiges éventuels à un tribunal peu commode pour sa défense. A la lumière du but de protection dont la disposition s'inspire, la restriction à la liberté d'élection de for n'est pas absolue. D'abord, elle ne vise pas tous les contrats de consommation, mais uniquement les contrats décrits au paragraphe premier, qui ont été conclus dans les circonstances indiquées par ce paragraphe. En outre, une élection de for doit toujours être admise en présence de deux conditions. La première concerne le moment où la convention attributive de compétence est conclue. Si la convention est postérieure au différend, elle est admissible. Le mot « différend » ne vise pas la soumission d'une action à un juge, mais plutôt le désaccord entre les parties sur une question déterminée, tel qu'une action en justice est imminente<sup>65</sup>. En deuxième lieu, la validité de la clause d'élection de for ne saurait être contestée lorsque, et dans la mesure où, sa portée est de permettre au consommateur de saisir un autre tribunal, en plus de ceux qui sont prévus par la Convention. Dans la mesure où la clause offre au consommateur un choix plus vaste, elle a en réalité pour effet de renforcer sa protection et il n'y a pas lieu de l'interdire. Les deux conditions ne sont pas cumulatives. Aussi, l'existence de l'une d'entre elles suffit pour valider l'élection de for. Quant aux autres conditions de

<sup>63</sup> Il y a lieu de rappeler que le fonctionnement des dispositions de l'avant-projet de Convention pour les besoins du commerce électronique, tout en ayant été examiné par la Commission spéciale, sera à nouveau examiné par un Groupe d'experts à réunir au début de l'an 2000 (voir la note en bas de page au titre de l'avant-projet adopté par la Commission spéciale le 30 octobre 1999).

<sup>64</sup> V. *Doc. prélim.* No 8, p. 42-43.

<sup>65</sup> Voir en ce sens JENARD P., Rapport *sub* art. 12 à propos de la règle analogue figurant dans la Convention de Bruxelles.

validité de la convention attributive de compétence, l'article 4 s'applique, en vertu du renvoi exprès que lui fait le paragraphe 3<sup>66</sup>.

La question se pose de savoir si ces restrictions à l'élection de for sont adéquates pour le commerce électronique : la question a été discutée par la Commission spéciale, et elle a été maintenue sans modification. Toutefois, des propositions ont été faites, visant à permettre aux Etats qui estiment que les consommateurs établis sur leur territoire pourraient conclure des accords d'élection de for moins restrictifs, d'admettre la validité de ces accords, dans la mesure où ils concernent ces consommateurs. Ces aspects seront approfondis au cours de la Session diplomatique.

---

<sup>66</sup> Voir dans le même sens SCHLOSSER P., Rapport sur la convention d'adhésion, No 161, à propos de la disposition analogue de la Convention de Bruxelles, bien qu'elle ne contienne pas de renvoi à l'article 17.

## **Article 8 – Contrats individuels de travail**

A côté des règles spéciales de compétence en matière de contrats conclus avec les consommateurs, la Convention prévoit des compétences spéciales pour le contrat individuel de travail. Ici aussi, le but est de soustraire un contrat caractérisé par un déséquilibre de positions entre les parties à l'application des règles ordinaires de compétence, et de fournir des éléments de protection à la partie faible au stade de la détermination de la compétence internationale.

Malgré la constatation de l'inopportunité de soumettre le contrat de travail aux règles de compétence ordinaire, l'inclusion dans l'avant-projet de Convention de règles spécifiques à ce sujet n'a pas été contestée au cours des travaux de la Commission spéciale. On a remarqué, en effet, en faveur d'une exclusion du contrat de travail du domaine de la Convention, que la pratique en cette matière est en évolution et montre des phénomènes nouveaux de déplacement de travailleurs qu'il serait peu sage d'encadrer selon les critères traditionnels. Encore, quant à la solution des litiges dans ce domaine, celle-ci est caractérisée par le recours croissant à des solutions alternatives à la voie judiciaire qui s'expriment dans des formes de médiation et de conciliation. Enfin, on a fait valoir que la matière du travail est regardée d'une façon différente dans les divers systèmes de droit et que le contentieux est soumis dans bien des pays, surtout en Amérique latine, à des juridictions spécialisées ayant une nature administrative plutôt que judiciaire. Tout en prenant en compte ces remarques, la Commission spéciale a estimé qu'une disposition expresse en matière de contrat de travail conservait son utilité pour couvrir les situations ordinaires qui continuent à se présenter fréquemment dans la pratique et qui demandent une approche de protection du travailleur impliqué dans des activités à niveau international.

Quant à son domaine personnel, l'article 8 ne donne aucune définition de ce qu'il convient d'entendre par « travailleur ». Il est toutefois clair que la disposition ne concerne essentiellement que les travailleurs salariés<sup>67</sup>, quel que soit leur niveau d'encadrement<sup>68</sup>, et ne vise pas les personnes qui exercent une activité professionnelle autonome. Les contrats conclus par ces dernières pourront, le cas échéant, tomber sous l'article 6.

### *Paragraphe 1*

Ce paragraphe indique les fors qui peuvent être utilisés par le travailleur dans ses actions contre l'employeur (lettre *a*) et par ce dernier contre le travailleur (lettre *b*)).

#### *Lettre a) - Actions du travailleur contre l'employeur*

Pour ce qui est des actions introduites par le travailleur, la disposition retient comme rattachement le lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail. En faveur de ce lieu militent à la fois des motifs de proximité et de protection. D'abord, le lieu de prestation du travail coïncidera dans la plupart des cas avec la résidence habituelle du demandeur, et il sera donc plus facile pour lui de préparer son dossier. D'autre part, c'est au lieu de l'accomplissement du travail qu'il sera plus aisé de vérifier la nature et les modalités de la prestation et d'en donner la preuve en justice. Enfin, il ne faut pas oublier qu'en matière de travail une série de dispositions matérielles sont souvent d'ordre public ou d'application immédiate, ce qui implique qu'elles devront être respectées par le tribunal saisi indépendamment de la loi applicable à la relation de

<sup>67</sup> Bien que des problèmes de qualification puissent se présenter à cet égard, compte tenu de la tendance dans certains systèmes juridiques à donner le même traitement à certaines activités autonomes et salariées.

<sup>68</sup> La Convention concernera fréquemment des contrats d'expatriation de cadres supérieurs, souvent à durée limitée, pour lesquels le besoin de protection n'a pas les mêmes caractères, car ils sont conclus à la suite d'une véritable négociation. Le texte de l'avant-projet de Convention ne permettant pas un traitement différent de ces situations, la question pourra peut-être être approfondie au cours de la Conférence diplomatique.

travail, de telle manière que la législation du lieu du travail s'appliquera dans une large mesure au litige.

Lorsque le travailleur n'accomplit pas (ou n'a pas accompli) son travail habituellement dans un même Etat, le rattachement est au lieu où se trouve (ou se trouvait) l'établissement qui a embauché le travailleur. Le choix de ce rattachement, qui peut être contesté tant du point de vue de la proximité de la relation de travail avec le juge indiqué comme compétent, lorsque le lieu d'embauche n'a aucun lien avec l'activité accomplie, que du point de vue de la protection du travailleur, répond plutôt à une exigence de sécurité juridique et d'économie des litiges, en permettant de concentrer le contentieux dans un seul Etat. Il faut également noter que souvent cette compétence coïncidera avec le for général du défendeur ou le for de la succursale de celui-ci.

Les compétences que la Convention met ainsi à la disposition du travailleur demandeur ne sont pas décrites comme exclusives des autres compétences qui pourraient être invoquées en vertu de la Convention. En principe, donc, elles s'ajoutent à la compétence générale de l'Etat de la résidence habituelle du défendeur (article 3), au for contractuel (article 6) et au for de la succursale (article 9). Toutefois, tandis qu'aucun problème ne surgit à propos du for général du défendeur, la coordination de l'article 8, paragraphe 1a) avec l'article 6 peut soulever des questions. En effet, si le rattachement au lieu de l'accomplissement du travail n'est normalement qu'une spécification de l'article 6 lorsqu'il se réfère au lieu de la prestation de services, le rattachement au lieu de l'établissement qui a embauché le travailleur est en contradiction avec le rattachement au lieu où les services ont été rendus en tout ou en partie dont vise l'article 6, lettre b), dans la mesure où il a pour but d'exclure la compétence de chacun des lieux où le travail a été accompli<sup>69</sup>. A la lumière du texte de l'avant-projet de Convention, la question de savoir si et dans quelle mesure les fors de l'article 8 s'ajoutent à celui de l'article 6 ne peut qu'être laissée ouverte.

#### *Lettre b) - Actions de l'employeur contre le travailleur*

Parallèlement à ce que prévoit l'article 7, paragraphe 2, en matière de contrats de consommation, la Convention établit des restrictions à la faculté de l'employeur d'intenter une action contre le travailleur, en limitant les fors à sa disposition par rapport à ceux dont dispose le travailleur. Dans cette perspective, le premier rattachement indiqué est, comme dans l'article 7, la résidence habituelle du travailleur, à savoir le for général prévu à l'article 3. La protection consiste donc en l'avantage pour le travailleur d'organiser sa défense en justice dans son pays, sans être obligé de se déplacer à cette fin.

A la différence que, pour les consommateurs, ce for n'est pas la seule compétence admise ; la Convention y ajoute la compétence des tribunaux de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail<sup>70</sup>. Il faut remarquer que la lettre b) ne se réfère pas, comme le fait la lettre a), aussi au lieu où le travail a été accompli habituellement dans le passé, mais n'emploie que le temps présent pour indiquer ce lieu. Il en découle que le for n'est disponible pour l'employeur que durant la relation de travail et qu'après la cessation de celle-ci la seule résidence habituelle du travailleur vient en considération en tant que rattachement. Par ailleurs, il est fréquent

<sup>69</sup> La même difficulté ne surgit pas à propos de la règle analogue de l'article 5 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, dans lesquelles les rattachements au lieu du travail et à l'établissement qui a embauché le travailleur sont indiqués clairement comme des spécifications du lieu d'exécution de l'obligation contractuelle en cause et, en tout cas, ils ne sont pas présentés comme alternatifs à ce dernier.

<sup>70</sup> Mais non le for du lieu de situation de l'établissement qui a embauché le travailleur, qui n'est disponible que pour ce dernier. La solution retenue est ainsi la même dans la Convention de Bruxelles, tandis que la Convention de Lugano prévoit que le for de la situation de l'établissement puisse jouer en faveur des deux parties à la relation de travail. Par ailleurs, le groupe de travail chargé de réviser les deux Conventions n'a retenu, en faveur de l'employeur, que le for général de la résidence habituelle du travailleur.



que lorsque la relation de travail est en cours, le lieu du travail habituel coïncide avec la résidence habituelle du travailleur.

La formulation de la lettre *b*) exclut une concurrence de cette disposition avec les autres fors disponibles en vertu de la Convention. D'un côté le for général du défendeur est repris dans le cadre de la disposition, de l'autre le but de protection de la règle porte à l'interpréter dans le sens qu'elle n'ajoute pas de nouvelles compétences en faveur de l'employeur à celles déjà existantes, mais plutôt qu'elle déroge à ces dernières.

### *Paragraphe 2*

Ce paragraphe a pour objet de limiter la liberté des parties de choisir, en vertu de l'article 4, le juge compétent pour connaître des différends nés ou à naître entre elles, dans le but de protéger la partie faible contre des abus de la part de la plus forte. Le texte est libellé de façon similaire au paragraphe 3 de l'article 7 – bien qu'il précise que la référence à d'«autres tribunaux» vise les tribunaux autres que ceux indiqués à l'article 8 et à l'article 3<sup>71</sup> – qui répond aux mêmes exigences de protection à l'égard des contrats de consommation. Il y a lieu de se référer aux commentaires qui ont été faits à propos de cette dernière disposition.

### **Article 9 – Succursales [et activité commerciale habituelle]**

*Compétence fondée sur une « succursale, agence, ou tout autre établissement »*

L'article 9 fonde une compétence pour les litiges liés à l'activité d'une succursale, agence ou autre établissement du défendeur situé dans le ressort du tribunal. Il peut s'agir d'une action contractuelle, d'une action délictuelle, ou de toute autre action, comme une action fondée sur un enrichissement sans cause. Elle doit être instituée dans l'Etat contractant où se trouve la succursale, l'agence ou autre établissement. Il n'est pas nécessaire que l'activité ayant donné naissance au litige soit localisé dans cet Etat. Les termes « est situé » renvoient au moment où le demandeur fait naître l'action en justice. Si la succursale, agence ou établissement disparaît pendant la procédure, la compétence n'en est pas pour autant affectée.

La notion de « succursale, agence ou tout autre établissement » n'est pas définie. Toutefois, l'idée d'un « for de la succursale » est présente dans plusieurs systèmes. Les termes exacts apparaissent dans l'article 5(5) de la Convention de Bruxelles, et ont été eux-mêmes empruntés à certaines convention bilatérales conclues entre les Etats contractants<sup>72</sup>. D'autres systèmes connaissent déjà la solution et lui donnent un sens équivalent<sup>73</sup>. Un des points essentiels de cette notion est que la succursale, agence ou autre établissement doit être une partie intégrale de la société-mère, comme dans le cas d'une filiale possédée et dirigée par la société-mère, ou doit être sous son contrôle immédiat et participer aux mêmes affaires<sup>74</sup>. Dans tous les cas,

<sup>71</sup> A ces dispositions il faudrait ajouter l'article 9. Il serait d'ailleurs souhaitable que les dispositions du paragraphe 3 de l'article 7 et du paragraphe 2 de l'article 8 soient uniformisées.

<sup>72</sup> V. le Rapport sur la Convention sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale par P. JENARD, *JOCE*. C. 59 5.3.79, p. 26.

<sup>73</sup> La Convention de 1971 dans son article 10(2) se réfère à un « établissement » ou à une « succursale » du défendeur. V. aussi *Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act 1933* (Royaume-Uni), s. 5 (2) (a) (v) (« office or place of business ») ; *Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act 1962* (Etats-Unis) §5 (5) (« Business office »).

<sup>74</sup> Dans le cadre de la Convention de Bruxelles, v. *De Bloos c. Boyer*, *Recueil des Arrêts*, 1976. 1497 ; *Blanckaert et Williams c. Trost*, *Recueil des Arrêts*, 1981. 819. Dans le cadre de l'Angleterre et du Commonwealth, hors application de la Convention de Bruxelles, cf. *Adams v. Cape Industries Plc* [1991] Ch. 433, spéc. p. 523-531.

l'organisme dépendant doit agir depuis un bureau, c'est-à-dire un lieu fixe à partir duquel sont conduites ses affaires.

Une filiale, même si elle est entièrement possédée par la société-mère, n'est pas nécessairement de ce simple fait considérée comme une « succursale, agence ou tout autre établissement », tant qu'elle constitue une entité séparée et bien distincte<sup>75</sup>. Une filiale, comme toute autre entité ou personne, qui n'est pas une partie intégrante de l'organisation du défendeur peut fonder une compétence à l'égard du défendeur si elle agit en tant qu'agent de ce défendeur. Toutefois, dans certaines situations, il est possible que la filiale ne soit pas considérée comme une entité séparée et bien distincte, lorsque la société-mère ne tient pas compte des limites imposées par le droit des sociétés (sociétés « fictive », ou « alter ego »), ou lorsque la filiale ou toute autre entité est utilisée comme un agent du défendeur<sup>76</sup>.

*Compétence fondée sur une « activité commerciale habituelle »*

La Commission spéciale s'est accordée pour placer entre crochets les termes de l'article 9 « ou dans lequel le défendeur a exercé par d'autres moyens une activité commerciale habituelle ». La disposition est désormais intégrée dans l'article 9 et ne constitue plus, comme auparavant, un article séparé qui viendrait remplacer les articles 6 et 10, ou s'y substituer, dans le but d'indiquer qu'il s'agit avant tout de donner un sens plus large aux termes « succursale, agence ou tout autre établissement », visant à inclure les situations dans lesquelles le défendeur exerce une activité commerciale dans l'Etat en cause par le biais de moyens différents, mais analogues. Dans cette mesure, cette compétence a un champ d'application plus étroit que celle qui résulte du droit national et qui est préservée par l'article 18 (2) (e).

Les « autres moyens » peuvent être un organe qui ne constitue pas une « succursale, agence ou tout autre établissement » dans le sens expliqué plus haut. Il peut s'agir d'une filiale entièrement détenue par le défendeur voire même un organe détenu par quelqu'un d'autre, mais utilisé par le défendeur pour exercer son activité commerciale dans un Etat particulier, ou bien il peut s'agir d'activités exercées par le défendeur lui-même dans cet Etat, comme le fait de participer à une foire commerciale et d'y exercer une activité, sans que cet exercice se fasse à partir d'une base fixe qui pourrait avoir le statut de « succursale ». Ce qui compte n'est pas le degré de participation du défendeur dans l'organe utilisé, ou son contrôle effectif par le défendeur, mais le fait que cet organe, qu'il soit possédé entièrement ou totalement indépendant, soit utilisé par le défendeur comme le moyen d'exercer une activité commerciale dans cet Etat. Le principe fondamental est qu'une partie qui cherche à réaliser un gain grâce à une activité commerciale dans un pays donné doit être susceptible d'être attrait devant les tribunaux de ce pays pour les litiges relatifs à ces activités commerciales, quel que soit le moyen utilisé pour exercer effectivement ces activités. Cette disposition, si elle est acceptée, concernera les réalités et non simplement les formes. D'un autre côté, les termes « succursale, agence ou tout autre établissement », ainsi qu'il est expliqué plus haut, dépendent avant tout de la relation légale formelle qui unit l'entité subordonnée et le défendeur. L'avantage d'une telle approche formelle est qu'elle permet d'éviter d'être attrait devant les tribunaux d'un Etat, sans perdre l'avantage commercial lié à l'activité exercée dans cet Etat. Le désavantage pour les consommateurs et pour les autres demandeurs dans cet Etat est évident.

<sup>75</sup> V., pour les Etats-Unis : *Restatement (second) Conflict of Laws*, §52, commentaire b (1971), fondé sur *Cannon Mfg Co. v. Cudahy Packing Co.* 267 US 33 (1925). Pour les juridictions d'Angleterre et du Commonwealth : *Adams v. Cape Industries Plc* [1991] Ch. 433, spéc. p. 523-531. V. aussi KROPHOLLER, *op. cit.*, p. 138, n° 88.

<sup>76</sup> V. par exemple *SAR Schotte GmbH c. Parfums Rothschild SARL* (218/86), *Recueil des arrêts*, 1987 p. 4905.

Quel est le sens exact des termes « activité commerciale habituelle » ? Dans ce contexte, le terme « habituelle » doit être entendu comme « avec régularité », c'est-à-dire que l'activité commerciale doit constituer plus qu'un événement unique ou même qu'une série de transactions isolées, mais doit être exercée à plusieurs reprises sous une certaine forme, pendant un certain temps<sup>77</sup>. Le sens des termes « activité commerciale habituelle » dépendra des faits et des circonstances de chaque espèce. Tant la quantité que la substance de l'activité seront prises en considération.

La disposition fait référence à l'Etat *dans lequel* une telle activité est exercée. Cette formulation diffère de celle qui est utilisée dans l'article 7(1)(a) où sont utilisés les termes « activités que le défendeur a exercées dans cet Etat ou dirigées vers cet Etat ». Bien évidemment, cette dernière formulation est beaucoup plus large que celle utilisée ici. Une simple publicité, par voie traditionnelle ou électronique à destination des résidents d'un Etat particulier à partir d'un autre Etat ne peut être analysée comme l'exercice d'une activité commerciale dans le premier Etat, à moins que cette publicité ne soit accompagnée de sollicitations plus pressantes ou que soit spécifié une adresse locale ou un numéro de téléphone où des achats peuvent être réalisés. Les questions soulevées par le commerce électronique ont été étudiées par une réunion d'experts au début de l'an 2000 et seront encore à l'ordre du jour d'autres réunions tenues avant la Session diplomatique.

#### *Directement lié à cette succursale ou cette activité*

Le litige doit être directement lié à l'activité de cette succursale, agence ou tout autre établissement ainsi qu'à l'activité commerciale habituelle, si les termes entre crochets sont acceptés. Dans les pays de *common law*, la présence d'une succursale sur le territoire permet de fonder une compétence générale qui n'est pas restreinte aux activités de cette succursale sur le territoire du for<sup>78</sup>. Un tel chef de compétence général n'est pas compatible avec la Convention, comme il est précisé dans l'article 18(2)(e). Il ne peut même pas être maintenu en tant que règle du droit national au sens de l'article 17.

L'exigence voulant que le litige soit directement lié à l'activité de la succursale, agence, ou tout autre établissement (ou à cette activité commerciale habituelle) est une question de fait qui doit être tranchée selon les circonstances de chaque espèce, surtout lorsque, comme il arrive parfois, le litige concerne pour partie les activités de la succursale et pour partie les activités de l'établissement principal<sup>79</sup>. Le terme « directement » ne signifie pas « exclusivement », mais il indique uniquement que le lien ne doit pas être lointain ou simplement incident. Il ne peut s'agir d'une exigence plus grande que celle posée par l'article 18(1). Le litige peut concerner la gestion interne de la succursale, ses relations commerciales extérieures, ou encore les faits commis par la succursale au cours de son fonctionnement et susceptibles de donner lieu à une responsabilité extra-contractuelle<sup>80</sup>. L'affirmation s'applique aussi à l'activité commerciale régulière.

## **Article 10 – Délits**

<sup>77</sup> Mais il est inutile d'aller jusqu'à l'exigence de « liens commerciaux généraux continus et systématiques » posée par la Cour Suprême des Etats-Unis dans la décision *Helicopteros Nacionales de Colombia v. Hall* 466 US 408 (1984) pour l'exercice de la compétence générale fondée sur la poursuite d'une activité commerciale (« *doing business* ») dans l'Etat du for.

<sup>78</sup> *V. Frummer c. Hilton Hotels International* 281 NYS 2d 41 (1967).

<sup>79</sup> *V.*, par exemple : *Saab c. Saudi American Bank* [1999] 1 WLR 1861 (Cour d'appel d'Angleterre).

<sup>80</sup> Comparer avec la solution donnée dans le paragraphe 3 de la décision rendue par la CJCE dans l'affaire *Somafer c. Saar Fernagas*, *Recueil des arrêts*, 1978. 2183.

Cet article définit une compétence spéciale en matière délictuelle. La nécessité d'un for du délit est apparue évidente à la Commission spéciale, car le tribunal du for du défendeur n'est pas toujours le mieux situé pour assurer une bonne administration de la justice par rapport au juge du lieu du délit. Il faut ajouter qu'en cette matière l'emploi de conventions attributives de compétence est bien moins fréquent qu'en matière contractuelle, si bien que le for élu ne constitue pas une vraie alternative au for du défendeur. La Commission spéciale ayant écarté l'option de prévoir une compétence fondée sur l'activité, ainsi qu'on l'a rappelé dans le commentaire à l'article 6, une compétence délictuelle s'imposait malgré les difficultés découlant de la qualification de la matière délictuelle par rapport à la matière contractuelle. Il semble en tout cas exclu qu'une qualification autonome du délit puisse être donnée dans le cadre de la Convention<sup>81</sup>. Tout en pouvant donner lieu à des solutions divergentes, cette qualification ne pourra être faite que par le juge saisi selon son propre droit ou le droit désigné par ses règles de conflits de lois. On pourra toutefois demander que le juge saisi pour l'exequatur de la décision ne qualifie pas de nouveau le rapport juridique aux fins de l'appréciation de la compétence du juge d'origine<sup>82</sup>.

Comme pour les contrats, l'alternative qui se présente en matière délictuelle consiste à savoir s'il est préférable d'adopter une règle unique ou bien des règles spécifiques à chaque délit. Après avoir considéré plusieurs types de délits (accidents de la route, responsabilité du fait des produits, environnement, concurrence, diffamation), la Commission spéciale a estimé qu'une règle unitaire pouvait être retenue, pourvu qu'elle tienne suffisamment compte de la variété des situations susceptibles de se produire dans la pratique.

Il y a lieu de rappeler, par ailleurs, que les compétences prévues à l'article 10 s'ajoutent comme alternatives aux autres compétences retenues par la Convention, tel le for du défendeur (article 3), le for élu (article 4) et le for de la succursale (article 9), ainsi qu'aux compétences éventuellement prévues par le droit national dans la mesure où l'article 17 le permet.

### *Paragraphe 1*

Ce paragraphe pose la règle générale en matière délictuelle. Celle-ci se fonde, ainsi qu'il arrive normalement dans les systèmes de droit national et dans les conventions internationales, sur une prise en compte du lieu du fait illicite<sup>83</sup>. Toutefois, au lieu de se référer d'une manière générale à ce lieu et d'obliger par conséquent le juge à le qualifier ensuite pour tenir compte des éléments qui concourent à l'identifier<sup>84</sup> – l'acte ou omission et ses effets –, la Convention tient compte de la tendance la plus moderne consistant à donner à la partie lésée une option entre le for du lieu de l'acte et celui du lieu de ses effets et indique directement ces options dans le texte de la disposition. Il est bien évident, par ailleurs, que cette distinction ne permet une option au demandeur que s'il s'agit d'un délit ainsi dit « à distance », à propos duquel les effets dommageables se produisent dans un autre pays que celui où l'acte ou l'omission se sont vérifiés ; même si l'article 10 ne vise pas directement la situation d'un délit dont tous les éléments sont localisés dans le même Etat, il va sans dire que l'application de l'une ou de l'autre option ouverte au demandeur indiquera dans ce cas la même juridiction comme compétente.

<sup>81</sup> En particulier, il est à exclure qu'une notion autonome négative par rapport à la matière contractuelle, ainsi qu'elle s'est développée à propos de l'article 5 point 3 de la Convention de Bruxelles (v. arrêt *Kalfelis*) puisse être établie pour la Convention, ne fût ce qu'en raison du fait que la notion même de contrat n'y est pas définie.

<sup>82</sup> Voir le commentaire à l'article 27.

<sup>83</sup> Voir POCAR F., Le lieu du fait illicite dans les conflits de lois et de juridictions, *Travaux Comité français dip.*, 1985-86, p. 71-80.

<sup>84</sup> Il faut rappeler en ce sens l'article 5 point 3 de la Convention de Bruxelles qui se réfère génériquement au lieu du fait dommageable, à propos de la qualification duquel la jurisprudence de la Cour de Justice a eu l'occasion de se prononcer à maintes reprises, à partir de l'arrêt *Bier v. Mines des Potasse d'Alsace*, Cour de Justice des CE, 30 novembre 1976, 21/76.

Quant à l'option en matière de délits dont les éléments sont localisés dans plusieurs pays, sa justification réside dans l'opportunité de choisir le tribunal le mieux placé dans chaque cas concret pour connaître des questions découlant du fait illicite, mais également de favoriser, dans l'aménagement des intérêts en cause, la position de la victime par rapport à la position de la partie dont la conduite est à l'origine du dommage. Il ne faut pas oublier non plus l'incidence indirecte de cette solution sur la question de la loi applicable, dans la mesure où elle permet au demandeur de choisir le tribunal aussi en fonction de la loi dont ce dernier fera application dans le cas concret.

*Lettre a) - Lieu de l'acte ou de l'omission*

La première option offerte au demandeur consiste à porter son action devant les tribunaux de l'Etat dans lequel l'acte ou l'omission qui est à l'origine du dommage a eu lieu. Ce rattachement est significatif du fait qu'il souligne la proximité du juge avec la cause du dommage, et tient compte de la circonstance que l'établissement de la responsabilité demande de vérifier l'existence d'un lien de causalité entre la conduite ou l'omission et le dommage. En outre, c'est au lieu de l'acte ou de l'omission que l'on doit apprécier la licéité de l'action du défendeur et la gravité de sa faute ou négligence. Par ailleurs, ce rattachement peut souvent coïncider, dans les délits à distance, notamment en matière d'environnement et de responsabilité du fait des produits, avec le lieu de résidence de la partie agissante ou négligente, et ne pas représenter une véritable alternative au for du défendeur.

La Convention ne fournit aucun critère pour déterminer le lieu de l'acte ou de l'omission. Ce lieu ne pourra donc être établi par le juge saisi que sur la base de son droit national, ou du droit applicable au fait illicite qui lui est soumis en vertu de son système de droit international privé. Cette question est spécialement délicate en matière de responsabilité du fait des produits, où la notion d'acte ou omission peut être rapportée à la fabrication du produit, à sa commercialisation ou à sa consommation<sup>85</sup>. Selon que l'on se réfère à l'un ou à l'autre de ces aspects, la compétence est définie d'une manière différente. Par exemple, devant les juridictions qui suivent la tradition anglaise de *common law*, le défaut d'informer qu'un produit est dangereux se vérifie au moment de la vente finale au consommateur<sup>86</sup>. Mais d'autres juridictions pourraient le lier au moment de la mise sur le marché ou même de la fabrication du produit, en multipliant ainsi les fors à la disposition du demandeur.

*Lettre b) - Lieu de la naissance du dommage*

La deuxième option offerte au demandeur est celle du lieu où le dommage a pris naissance. Il s'agit là aussi d'un rattachement significatif, car il souligne d'une part qu'un délit est un fait complexe qui n'est complet que lorsque ses effets se produisent, et d'autre part qu'il faut tenir compte, dans l'aménagement des intérêts des parties, de la position de la partie qui a subi le préjudice. Par ailleurs, ce rattachement constitue dans la plupart des cas une alternative au for du défendeur, car il est fréquent que le lieu du dommage coïncide avec le domicile du demandeur et représente de ce fait un facteur ultérieur de protection pour lui.

La détermination du lieu du dommage a soulevé une série de problèmes lorsque les effets directs de l'acte ou de l'omission et ses effets indirects se produisent dans des lieux différents<sup>87</sup>. Dans un pareil cas la production du dommage final n'a qu'une relation faible avec l'acte ou l'omission ; c'est pourquoi la Convention mentionne le lieu « dans lequel le dommage a pris naissance », pour indiquer que c'est au lieu où

---

<sup>85</sup> V. *Doc. prélim.* No 8, p. 54-55.

<sup>86</sup> Voir Privy Council, in *Distillers Co v. Thompson* (1971) AC 458.

<sup>87</sup> Voir par exemple Cour de Justice CE, *Dumez France c. Helaba*, 11 janvier 1990, C-220/83, *Recueil*, I. 49.

sont survenus les effets directs de l'acte qu'il faut s'en tenir et que le préjudice indirect ne constitue pas un rattachement suffisant<sup>88</sup>.

Bien que limité de la façon qu'on vient de décrire, le rattachement au lieu du dommage a été considéré par la Commission spéciale trop sévère pour la personne dont la responsabilité est invoquée, dans la mesure où il peut viser n'importe quel dommage direct, survenu dans n'importe quel Etat, au-delà de toute possibilité pour la personne responsable de l'acte ou l'omission de contrôler ses effets. La disposition introduit partant la notion de prévisibilité des effets du fait illicite, et n'établit la compétence du lieu du dommage que si la personne dont la responsabilité est invoquée pouvait raisonnablement prévoir des conséquences dommageables de son acte ou omission dans ce lieu. Le dommage à prendre en considération dans cet optique est un dommage de la même nature que le dommage réclamé par le demandeur : cette précision permettra de se référer concrètement à l'objet du litige, qui portera vraisemblablement sur la prévisibilité elle-même du dommage. A cet effet, afin de ne pas alourdir la position du demandeur dans le procès, le fardeau de la preuve de la non-prévisibilité du dommage incombe au défendeur, qui sera normalement la personne dont la responsabilité est invoquée.

### *Paragraphe 2*

Ce paragraphe vise à exclure une référence au lieu de naissance du dommage lorsqu'il s'agit de préjudices résultant de pratiques en violation de dispositions régissant la concurrence entre entreprises, qu'il s'agisse de pratiques découlant d'un abus de position dominante, ou d'ententes interdites qui provoquent des pertes économiques. Cette disposition a été adoptée presque sans débat par la Commission spéciale. La disposition semble répondre à la préoccupation d'éviter, en matière de concurrence, la possibilité d'une pluralité d'actions se rapportant au même comportement délictuel, dans le cas où celui-ci a causé des dommages dans plusieurs Etats, et de concentrer le contentieux fondé sur le for délictuel dans l'Etat dans lequel l'acte à l'origine du dommage a eu lieu, en le faisant ainsi coïncider avec le marché dont les règles ont été violées par la personne dont la responsabilité est invoquée. Toutefois, elle va à l'encontre de la théorie des effets largement suivie en matière de concurrence.

### *Paragraphe 3*

Ce paragraphe a le but d'établir une compétence préventive soit à la commission de l'acte ou à l'omission, soit à la production du dommage. Cette compétence est établie dans les mêmes conditions requises pour une action portant sur un fait dommageable déjà survenu. Il est toutefois à noter que lorsque le demandeur invoque le rattachement de la naissance possible d'un dommage, ce sera à lui de donner la preuve de cette possibilité, et non au défendeur de prouver que la production du dommage ne pourrait pas être prévisible si l'acte ou l'omission était survenu. Il y a lieu également de remarquer que cette action ne coïncide pas nécessairement avec une demande de mesures provisoires portant sur le même objet. Bien qu'une coïncidence puisse se vérifier en pratique, l'action visée par le paragraphe 3 tend à obtenir une décision définitive et non pas simplement une mesure provisoire ou conservatoire. Des conséquences différentes pourraient également se produire au niveau de la reconnaissance de la décision.

### *Paragraphe 4*

Ce paragraphe a pour objet de régler la situation qui se présente lorsque le même acte ou omission est à l'origine de dommages qui se produisent dans plusieurs Etats. Dans un pareil cas, il ne fait aucun doute que le juge compétent en vertu de la lettre a) du paragraphe 1, à savoir le juge du lieu de l'acte ou de l'omission, aurait

---

<sup>88</sup> Cette solution correspond à celle proposée par la Cour de Justice CE dans l'arrêt *Marinari c. Lloyd Bank*, 19 septembre 1995, C-364/93, *Recueil* I.2719.

compétence pour se prononcer sur l'ensemble de la situation et donc sur l'intégralité du dommage. Il en est autrement lorsque le juge n'est saisi qu'en vertu du rattachement prévu à la lettre *b*) du paragraphe 1, à savoir du rattachement au lieu où le dommage a pris naissance. Dans ce cas, il est douteux que la compétence du juge du lieu où une partie du dommage s'est produite puisse s'étendre au dommage survenu dans les autres pays. Une telle solution reviendrait à donner au demandeur une pluralité d'options, en lui permettant même, le cas échéant, de porter son action devant le juge du lieu où seulement une petite partie du dommage est survenue et d'y réclamer l'intégralité du dommage. Ce serait une conséquence inéquitable pour le responsable du dommage qui, n'ayant causé qu'un dommage minime dans un pays, se verrait exposé à être attiré devant les tribunaux de ce pays pour y répondre d'un dommage survenu ailleurs.

Pour éviter ces conséquences, on pourrait envisager d'attribuer la compétence pour l'intégralité du dommage seulement au tribunal du lieu où la partie la plus importante du dommage s'est produite, mais cette solution se heurte à la difficulté de déterminer au préalable le montant du dommage, qui ne pourra en principe être quantifié qu'après l'examen de la demande au fond. On pourrait également, ainsi qu'on l'a proposé, limiter la compétence de chaque juridiction au dommage survenu en ce lieu<sup>89</sup>. Cette solution revient toutefois à imposer à la personne lésée l'obligation d'intenter une série d'actions parallèles pour être indemnisée, qui pourraient se révéler trop coûteuses, ou bien de recourir au for de l'acte ou omission. C'est une solution qui finirait en pratique par priver le demandeur de l'option du lieu du dommage.

La Commission spéciale a choisi une autre solution pour tenir compte des intérêts en cause. Par conséquent, le paragraphe 4 affirme le principe que les tribunaux de l'Etat du dommage ne sont compétents que pour le dommage survenu ou pouvant survenir dans cet Etat, mais avec une restriction. Si la partie lésée a sa résidence habituelle dans le pays où elle réclame le dommage, le tribunal saisi est compétent pour l'intégralité de celui-ci. En d'autres termes on exige, pour attribuer cette compétence élargie au juge du lieu du dommage, l'existence d'un autre rattachement, à savoir la résidence habituelle de la partie lésée. C'est une solution qui évite une pluralité des fors, tout en gardant l'option à la disposition du demandeur prévue par le paragraphe premier.

## **Article 11 – Trusts**

### *Sens du terme « trust »*

Le terme « trust » n'est pas défini dans la Convention. Il s'agit avant tout d'un concept juridique de *common law*, et peut ne pas être connu d'autres systèmes juridiques. Toutefois, il est défini dans l'article 2 de la *Convention du premier juillet 1985 relative à la loi applicable aux trusts et à sa reconnaissance* (la « Convention Trust »), pour les besoins de cette Convention<sup>90</sup>. Dans la mesure où cette définition énumère les attributs du trust en utilisant des concepts juridiques de *common law*, l'utilisation de cette définition sera utile si des problèmes de définition apparaissent.

### *Paragraphe 1*

Les mots utilisés dans la première partie de la première phrase du paragraphe 1 doivent être compris comme s'appliquant aux deux paragraphes de l'article 11. En

<sup>89</sup> C'est la solution retenue par la Cour de Justice CE dans l'arrêt *Shevill c. Press Alliance*, 7 Mars 1995, C-68/93 en matière de diffamation par le moyen de la presse, *Recueil* I. 450.

<sup>90</sup> Cette Convention a jusqu'ici été ratifiée par les pays suivants : Australie, Bulgarie, Chine (pour la Région administrative spéciale de Hong Kong uniquement), Italie, Pays-Bas et Royaume-Uni. Malte a adhéré à la Convention. Elle a été signée par Chypre, la France, le Luxembourg et les Etats-Unis.

d'autres termes, ils définissent le type d'actions et le type de trusts auxquels s'applique l'ensemble de l'article 11. La mention, dans le paragraphe 2, de l'absence d'une élection de for vise l'absence d'une telle désignation dans l'acte constitutif de trust et ne concerne pas l'hypothèse où un tel acte n'existe pas. De la même façon, les actions qui peuvent être mises en oeuvre dans le cadre du paragraphe 2 sont celles qui sont décrites dans le paragraphe 1.

L'article s'applique aux actions concernant la validité, l'interprétation, les effets, l'administration ou la modification d'un trust. Selon l'article 8 de la Convention trust, qui, sur cette question, est représentatif des solutions de *common law*, ces questions relèvent de la loi applicable au trust. A moins qu'une disposition contraire soit adoptée, cette loi est fréquemment la loi du tribunal expressément désigné. La compétence est limitée aux litiges internes au trust, c'est-à-dire qui surgissent entre le trustee ou le constituant et le bénéficiaire du trust. Pour les litiges opposant les parties au trust et les tiers, la compétence doit être établie en application des autres dispositions de la Convention.

L'article s'applique au trust créé volontairement et dont la preuve est apportée par écrit, que le trust soit constitué entre vifs ou par testament<sup>91</sup>. Il ne s'applique pas aux situations dans lesquelles, en application de la *common law*, le trust par implication est imposé par la loi ou résulte d'une décision de justice en *equity*. Bien que le trust doive être créé 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. Même lorsque le trust est créé par accord de volontés, il reste hors du champ d'application de l'article 4(1) et (2). Il s'ensuit que l'élection de for lie les bénéficiaires du trust, même s'ils n'ont jamais donné leur consentement ou ratifié ce choix. L'exclusion des testaments et successions du champ d'application matériel de la Convention n'est pas contradictoire avec l'inclusion expresse des trusts créés par voie testamentaire dans l'article 11. L'exclusion signifie que les questions préliminaires, comme celles concernant la validité du testament ou son interprétation sont exclues, même si elles sont liées à la validité ou à l'interprétation d'un trust. Mais relèvent de l'article 11 les questions qui peuvent se poser au cours de l'administration d'un trust valablement créé par voie testamentaire<sup>92</sup>.

Si l'acte constitutif désigne les tribunaux d'un Etat contractant comme compétents pour entendre les litiges couverts par l'article 11, les tribunaux de cet Etat seront exclusivement compétents, que l'exclusivité soit ou non expressément stipulée. Bien que les termes utilisés dans la première phrase mentionnent "les tribunaux d'un Etat contractant", l'acte constitutif peut désigner un tribunal spécifique dans un Etat contractant ou les tribunaux d'un Etat contractant en général<sup>93</sup>. De façon plus exacte, la seconde phrase utilise les termes «un tribunal ou des tribunaux d'un Etat non contractant», et l'on ne peut supposer que ces deux catégories de tribunaux, au moins pour ces questions, fassent l'objet d'un traitement différent.

La seconde phrase concerne l'élection d'un tribunal ou des tribunaux d'un Etat non contractant. Dans ce cas, la Convention ne peut pas, bien évidemment, attribuer compétence, mais se contente simplement d'exiger que les tribunaux des Etats contractants se déclarent incompétents ou sursoient à statuer, sauf si le tribunal ou les tribunaux choisis se sont eux-mêmes déclarés incompétents. Il revient au tribunal saisi de décider s'il se dessaisit ou s'il sursoit à statuer, et ce choix est ouvert tant que l'autre tribunal n'a pas statué sur sa propre compétence. On peut supposer que le tribunal saisi ne va pas se dessaisir avant d'être certain que l'autre tribunal est bien compétent.

<sup>91</sup> Cette limite est aussi celle de la Convention trust. V. Convention trust, article 3.

<sup>92</sup> Pour des exclusions similaires, v. la Convention trust, article 4.

<sup>93</sup> V. *supra*, les commentaires sur l'article 4, pour quelques uns des problèmes qui peuvent se poser dans l'hypothèse de la désignation générale des tribunaux d'un Etat comportant plusieurs systèmes juridictionnels.



Dans la mesure où l'article 17 ne réserve pas explicitement les dispositions de l'article 11(1), il pourrait être soutenu qu'un autre tribunal pourrait se déclarer compétent en application de son droit national, malgré le caractère exclusif de la compétence du tribunal élu dans l'acte constitutif de trust. Tel ne semble pourtant pas être le cas. La compétence exclusive mise en place par l'article 11(1) est analogue à celle qui résulte d'une clause attributive de juridiction de l'article 4, laquelle prévaut sur l'article 17. Plus encore, les restrictions imposées par les articles 7, 8 et 12 sont aussi applicables à l'élection de for de l'article 11(1). Comme la compétence exclusive de l'article 4, la compétence exclusive du tribunal élu de l'article 11(1) peut être écartée en application de l'article 5 si le défendeur comparaît au fond devant un autre tribunal sans contester la compétence.

### *Paragraphe 2*

Le paragraphe 2 traite de la situation, probablement la plus courante, où l'acte constitutif de trust ne désigne pas un tribunal ou des tribunaux. Dans ce cas, les actions décrites dans le paragraphe premier peuvent être mises en œuvre devant plusieurs fors, si tant est qu'ils se distinguent, au choix du demandeur et sans hiérarchie particulière. Ces fors sont :

#### *Lettre a) - L'Etat dans lequel est situé le lieu principal d'administration du trust*

Ce lieu peut être désigné par le constituant dans l'acte constitutif de trust. Si tel n'est pas le cas, la détermination de ce lieu dépendra du lieu de résidence habituelle des *trustees*, du lieu où ceux-ci se réunissent et de la question de savoir si l'administration quotidienne du trust est ou non confiée à un organisme distinct.

#### *Lettre b) - L'Etat dont la loi est applicable au trust*

Encore une fois, l'acte constitutif de trust peut désigner la loi applicable au trust. Si tel n'est pas le cas, pour les Etats parties à la Convention trust, la loi applicable sera, selon l'article 7, « la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits », compte tenu de différents indices énumérés dans l'article tels que : le lieu d'administration du trust désigné par le constituant, le lieu de situation des biens du trust, le lieu de résidence et d'établissement du *trustee*, les objectifs du trust et les lieux où ils doivent être accomplis. Les pays de *common law* qui ne sont pas Parties à la Convention Trust suivront aussi probablement ces règles, qui reflètent les solutions de la *common law*.

#### *Lettre c) - L'Etat avec lequel le trust a les liens les plus étroits aux fins de l'action*

En principe, ce lieu coïncidera avec celui visé aux lettres a) et b). Toutefois, dans la mesure où la lettre c) renvoie au lien avec un Etat, alors que la lettre b), par inférence, au lien avec la loi des liens les plus étroits, il est possible que les solutions diffèrent.

## **Article 12 – Compétences exclusives**

Cet article prévoit une série de compétences exclusives, dans le sens qu'elles s'appliquent indépendamment de la résidence habituelle des parties, et même si toutes les parties ont leur résidence habituelle dans l'Etat du juge saisi (article 2, 1, b), n'admettent aucune prorogation de for (articles 4 et 5), et ne permettent aucune litispendance et aucun refus d'exercer la compétence (articles 21 et 22). La nature exclusive de ces compétences devrait aussi impliquer, bien que l'avant-projet de Convention ne se prononce pas sur ce point, que les tribunaux saisis en violation de ces compétences se déclarent d'office incompétents. L'opportunité de prévoir des compétences exclusives dans la Convention a été longuement débattue au sein de la Commission spéciale. S'il est vrai que la plupart des systèmes juridiques nationaux

connaissent de telles compétences exclusives, et qu'elles trouvent également leur place dans des conventions régionales<sup>94</sup>, on peut s'interroger sur l'opportunité de les insérer dans une convention mondiale, dans le cadre de laquelle l'utilité pratique d'une distribution trop rigide de la compétence des Etats pourrait être contestée. C'est pourquoi la Commission spéciale a limité le nombre et l'étendue des compétences exclusives, en les restreignant aux seuls cas où leur utilité est certaine.

En prévoyant des compétences exclusives, l'avant-projet de Convention les attribue aux « tribunaux de l'Etat contractant » dans lequel se trouve le rattachement sur lequel la compétence exclusive est fondée. Il ne se prononce pas sur les conséquences de l'existence de ce même rattachement dans un Etat tiers. Par conséquent, la question demeure ouverte de savoir si et dans quelle mesure les Etats contractants sont obligés de respecter les autres compétences prévues par la Convention en présence d'un rattachement avec un Etat tiers, qui figure parmi ceux qui sont déclarés exclusifs par l'article 12. A défaut d'indication expresse dans la Convention, et étant sous-entendu que la Convention ne peut pas attribuer des compétences aux juges d'Etats tiers, la solution du problème ne pourra que dépendre du droit national de chaque Etat contractant, auquel il reviendra de préciser dans quelle mesure l'exclusivité pourra jouer en faveur d'un Etat non contractant<sup>95</sup>.

### Paragraphe 1

Ce paragraphe établit une compétence exclusive en matière immobilière, en fonction du rattachement à l'Etat dans lequel l'immeuble est situé. Cette compétence concerne deux catégories d'actions : les actions portant sur des droits réels immobiliers et les actions portant sur des baux d'immeubles.

La compétence exclusive des tribunaux de l'Etat de situation de l'immeuble en matière de droits réels immobiliers se justifie avec la considération que les actions en cette matière impliquent le plus souvent des constatations de fait, des investigations et des vérifications sur place qui peuvent être mieux effectuées au lieu de situation de l'immeuble. On ajoute que souvent ces actions comportent la modification de registres ou autres formes de publicité<sup>96</sup>. La notion d'actions portant sur des droits réels immobiliers peut se prêter à des interprétations différentes selon les différents systèmes juridiques. Compte tenu de l'étendue restreinte que la Commission spéciale a voulu attribuer aux compétences exclusives, cette notion doit être interprétée comme visant seulement les actions qui portent sur la propriété, la possession ou un droit réel sur l'immeuble, à l'exclusion des actions qui, tout en concernant un immeuble, n'ont pas pour objet un droit réel (*in rem*) sur ce dernier<sup>97</sup>. En d'autres termes, il est nécessaire que l'action soit fondée sur un droit réel et non sur un droit personnel<sup>98</sup> ou, si l'on peut utiliser cette expression, que l'action tend à la reconnaissance d'un droit « contre tout le monde » (« *as against the world* »)<sup>99</sup>.

<sup>94</sup> V. notamment l'article 16 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

<sup>95</sup> Pour une discussion de cette question, eu égard à la Convention de Bruxelles, qui ne donne pas plus d'indication à ce sujet, v. DROZ G., *Compétence judiciaire et effets des jugements*, No 164 et s. ; KROPHOLLER J., *Europäisches Zivilprozessrecht*, p. 101 et s.

<sup>96</sup> V. pour ces justifications du for de l'immeuble, JENARD, Rapport, *sub art.* 16 point 1.

<sup>97</sup> La question de savoir quand on est en présence d'un droit réel au sens strict du terme reste à apprécier à la lumière des différents systèmes nationaux. Ainsi, par exemple, les « *equitable interests* » connus du *common law* peuvent, le cas échéant, être considérés de la même façon que des droits réels, lorsqu'on peut les faire valoir contre quiconque. V., à propos de la règle analogue de l'article 16 point 1 de la Convention de Bruxelles, SCHLOSSER P., Rapport cit., No 167.

<sup>98</sup> V. en ce sens *Webb v. Webb*, Cour de Justice CE, 17 mai 1994, C-294/92, qui a nié la nature réelle d'une action tendant à faire constater qu'une personne détenait un immeuble en qualité de *trustee* et à lui faire enjoindre d'établir les documents nécessaires pour permettre au demandeur d'acquérir la *legal ownership*. V. aussi les observations critiques de BERAUDO J.P., *Revue critique*, 1995, p. 130 et s.

<sup>99</sup> V. COLLINS L., *The Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, London, 1983, p. 79 ; voir aussi KROPHOLLER J., *Europäisches Zivilprozessrecht*, p. 104.

Les raisons qui militent en faveur d'une compétence exclusive en matière de droits réels immobiliers ne justifient qu'en partie une compétence exclusive en matière de baux d'immeubles. Dans ce domaine ce n'est pas seulement la nécessité de constatations sur place, qui d'ailleurs n'existe pas toujours, mais plutôt la considération que le contrat de bail d'immeuble est souvent soumis à un régime spécial, de nature complexe, ayant parfois un caractère impératif, qui incite à confier exclusivement aux tribunaux de l'Etat dans lequel ces règles sont en vigueur la tâche de les appliquer.

Pour ces raisons l'avant-projet de Convention vise la compétence exclusive de l'Etat contractant où l'immeuble est situé en matière de baux d'immeubles<sup>100</sup>. C'est une compétence bien distincte de celle relative aux droits réels immobiliers, car elle s'exerce de manière exclusive à l'égard d'actions dans lesquelles la propriété ou d'autres droits réels ne sont pas en jeu.

Par ailleurs, une compétence exclusive en cette matière ne peut qu'être limitée aux situations auxquelles les justifications susmentionnées s'appliquent. Le précédent de la Convention de Bruxelles, dont le texte initial ne posait aucune limite à cette compétence exclusive, est éclairant. Les difficultés rencontrées par la pratique dans l'application de l'article 16 point 1 de la Convention, confirmées par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes<sup>101</sup>, ont en effet provoqué une révision de la disposition pour en restreindre la portée, en excluant de celle-ci les baux d'immeubles conclus en vue d'un usage personnel temporaire pour une courte durée, à la condition que le locataire soit une personne physique et que le locataire et le propriétaire soient domiciliés dans le même Etat contractant<sup>102</sup>.

Dans la même optique, l'avant-projet de Convention exclut de la compétence exclusive de l'Etat du lieu de situation de l'immeuble les baux d'immeubles dans lesquels le locataire a sa résidence habituelle hors de l'Etat où l'immeuble se trouve. Il y a lieu de remarquer que cette exception a une portée bien plus large que celle de la Convention de Bruxelles, dans la mesure où elle n'est pas subordonnée à la durée et à l'usage de la location, ni à la qualité des parties concernées, ni à la résidence de ces dernières dans le même Etat. Il est encore à souligner qu'à la différence de la Convention de Bruxelles, qui laisse subsister la compétence, bien que non exclusive, des tribunaux de l'Etat de situation de l'immeuble, la disposition de l'avant-projet de Convention implique que lorsque le locataire n'a pas de résidence habituelle dans cet Etat, aucune compétence, même non exclusive, n'est donnée par la Convention à ses tribunaux en la matière.

Les actions concernant les baux d'immeubles dans la situation considérée seront réglées, quant à la compétence, par les autres dispositions de la Convention (for du défendeur, for contractuel, for élu, etc.) dans la mesure où elles puissent s'appliquer au cas d'espèce, ou par le droit national de l'Etat du juge saisi. Dans ce contexte, il n'est pas exclu non plus que l'Etat de situation de l'immeuble prévoie, dans son droit national, en vertu de l'article 17, la compétence de ses tribunaux en la matière.

## *Paragraphe 2*

Ce paragraphe prévoit une compétence exclusive pour les actions portant sur la validité, la nullité ou la dissolution des personnes morales, ainsi que sur la validité ou la nullité des décisions de leurs organes. La prévision d'une compétence exclusive à cet égard s'inspire de la disposition analogue des Conventions de Bruxelles et de

---

<sup>100</sup> L'avant-projet de Convention adopte une solution unique pour tous les baux d'immeubles, qu'ils soient de nature commerciale ou autre, bien que l'on puisse se poser la question de savoir si, à la lumière des considérations invoquées en faveur d'une compétence exclusive, un traitement uniforme est justifié.

<sup>101</sup> *Rösler v. Rottwinkel*, Cour de Justice CE, 15 janvier 1985, 241/83.

<sup>102</sup> V. en ce sens le texte de la dernière révision proposée de la Convention de Bruxelles, tel qu'il résulte de la proposition de la Commission au Conseil du 14 juillet 1999, doc. COM (1999) 348 final.

Lugano, mais avec une portée plus restreinte, dans la mesure où elle ne vise que les personnes morales ; les sociétés et associations non enregistrées dépourvues de personnalité juridique sont par conséquent exclues de son domaine<sup>103</sup>. Il faut encore souligner que si à propos des actions portant sur la personne morale elle-même l'attribution d'une compétence exclusive ne soulevait pas de problèmes graves, la Commission spéciale a beaucoup hésité avant de prévoir une compétence exclusive pour les actions concernant les organes de la personne morale. L'opportunité d'une compétence exclusive a enfin été retenue, dans le but d'éviter une pluralité de fors en la matière et de parvenir à une meilleure sécurité juridique, étant entendu cependant que la règle doit être interprétée d'une manière stricte, qui évite que des actions portant sur les conséquences d'une décision de la personne morale puissent tomber sous l'empire de la règle.

Le rattachement à retenir pour fonder cette compétence exclusive n'est pas sans problèmes, à la lumière des difficultés que présente la définition du lien le plus étroit d'une personne morale avec un Etat et de la variété de solutions qu'elle offre en droit comparé. Ayant écarté une référence au siège statutaire, qui n'est pas connu de tous les systèmes juridiques, et ne pouvant pas suivre la solution retenue pour le for général du défendeur – qui aurait amené à une pluralité de fors –<sup>104</sup>, la Commission spéciale a adopté le critère du rattachement à l'Etat dont la loi régit la personne morale. C'est une solution qui présente l'inconvénient de faire dépendre la compétence de l'application d'une règle de conflit de lois<sup>105</sup>, mais elle tend à assurer l'existence d'un lien important de la personne morale avec l'Etat dont les tribunaux exercent la compétence. Cette loi sera d'ailleurs dans bien des cas la loi selon laquelle la personne morale a été enregistrée, bien que la possibilité de compétences exclusives concurrentes en la matière ne soit nullement exclue, en tant que conséquence inévitable du recours au droit international privé des Etats contractants<sup>106</sup>.

### *Paragraphe 3*

La compétence exclusive contenue dans ce paragraphe au bénéfice des tribunaux de l'Etat contractant dans lequel un registre est tenu pour les actions portant sur la validité ou la nullité des inscriptions sur ce registre n'a soulevé aucun problème à la Commission spéciale. Il s'agit là en effet d'une compétence traditionnellement admise, qui se retrouve dans le droit national de plusieurs Etats, ainsi que dans d'autres conventions internationales<sup>107</sup>. Cette compétence ne concerne, il est bien de le souligner<sup>108</sup>, que la validité des inscriptions dans les registres et ne s'étend pas aux effets juridiques de telles inscriptions<sup>109</sup>.

### *Paragraphe 4*

Ce paragraphe établit une compétence exclusive en matière de propriété industrielle, lorsqu'il s'agit de brevets, marques, dessins et modèles, et d'autres droits analogues qui donnent lieu à un dépôt ou à un enregistrement. La compétence est donnée aux tribunaux de l'Etat contractant dans lequel le dépôt ou l'enregistrement a été

<sup>103</sup> L'article 16 point 2 des Conventions de Bruxelles et de Lugano vise au contraire des « sociétés ou personnes morales », en incluant également des entités qui n'ont pas de personnalité morale.

<sup>104</sup> V. le commentaire à l'article 3.

<sup>105</sup> Une solution basée sur le droit international privé se retrouve également dans la Convention de Bruxelles, bien qu'elle joue par l'intermédiaire de la notion de siège de la société ou personne morale.

<sup>106</sup> V. à ce sujet, pour la Convention de Bruxelles, GAUDEMET-TALLON H., *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2<sup>e</sup> éd., 1996, No 93.

<sup>107</sup> V. en particulier l'article 16 point 3 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

<sup>108</sup> Car JENARD, Rapport cit., *sub* art. 16 point 3 s'exprime dans un sens différent.

<sup>109</sup> Ainsi VON HOFFMANN, *AWD*, 1973, p. 62.

demandé ou a été effectué; ou, le cas échéant, aux tribunaux de l'Etat contractant où, aux termes d'une convention internationale, le dépôt ou l'enregistrement est réputé avoir été effectué. Cette formulation reprend celle de la Convention de Bruxelles, qui tient compte des particularités des droits nationaux, ainsi que du système prévu par l'arrangement de Madrid de 1891 et par la Convention de La Haye de 1925, qui repose sur la fiction que le dépôt effectué auprès du Bureau international de Berne par l'intermédiaire de l'administration d'origine a la même valeur que si les marques, dessins et modèles avaient été directement déposés dans chaque Etat contractant.<sup>110</sup> La référence aux conventions internationales a donc pour but de reprendre dans le cadre de la Convention un système bien connu et utilisé par la pratique.

Des droits de propriété intellectuelle pris en compte par la disposition sont expressément exclus les droits d'auteur et les droits voisins à ceux-ci. Puisque ces droits ne sont pas toujours soumis à une procédure de dépôt ou d'enregistrement, la Commission spéciale a estimé préférable de ne pas les inclure dans une règle qui prévoit une compétence exclusive et qui, pour cette raison, aurait rencontré des difficultés dans son application.

La question la plus délicate examinée par la Commission spéciale a porté sur la définition des actions concernant les droits de propriété intellectuelle à prendre en considération. L'opportunité d'une compétence exclusive pour les actions relatives à la validité des droits étant hors discussion, on peut s'interroger sur l'utilité d'une telle compétence en matière d'actions concernant leur violation.<sup>111</sup> Il ne fait pas de doute que les actions de violation ou de contrefaçon d'un droit de propriété industrielle impliquent souvent une décision à titre incident sur la validité du droit en question, mais cette constatation ne conduit pas forcément à la conclusion que le contentieux en la matière doit être concentré en tout cas dans l'Etat de dépôt ou d'enregistrement. On peut également estimer qu'une compétence exclusive n'est opportune que lorsque les tribunaux de ce dernier Etat se prononcent sur la validité du droit à titre principal et que leur décision a une efficacité *erga omnes*. La même opportunité ne se présenterait pas lorsque, dans une action en violation, le juge doit se prononcer sur la validité à titre incident, avec effet limité à la solution de la procédure en cours entre les parties. La détermination de la compétence pourrait alors être laissée aux règles ordinaires de la Convention (for du défendeur, for du délit, etc.). La Commission spéciale n'a pas pris une décision à cet égard et a mentionné la question de la résiliation et de la violation des droits de propriété industrielle entre crochets, à l'attention de la Conférence diplomatique. La solution à donner à la question est liée aussi à l'introduction éventuelle de la règle proposée au paragraphe 5 et au problème plus général de l'applicabilité des compétences exclusives de l'article 12 lorsque le tribunal est saisi à titre incident, ainsi qu'il sera dit au paragraphe 6 ci-dessous.

#### *Paragraphe 5*

Ce paragraphe concerne le dernier problème qu'on vient d'examiner sous le paragraphe 4 et pourrait être adopté si la portée de la compétence exclusive de l'Etat du dépôt ou d'enregistrement devait comprendre les actions en violation d'un droit de propriété industrielle. Il prévoit en effet qu'en ce qui concerne les actions portant sur la violation d'un brevet, la compétence de l'Etat du dépôt ou d'enregistrement ne serait pas exclusive, mais concurrente avec les autres fors prévus par la Convention ou ceux établis en vertu du droit national, dans le respect, bien entendu, de l'article 17. Ce paragraphe reviendrait à limiter la portée du paragraphe 4, qui n'aurait, en matière d'actions portant sur la violation d'un brevet, que la fonction d'ajouter une

<sup>110</sup> V. JENARD, Rapport cit., *sub* art 16 point 4.

<sup>111</sup> Il y a lieu de rappeler que les actions en violation ne sont pas mentionnées dans l'article 16 point 4 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, qui affirme que la compétence exclusive s'applique « en matière d'inscription ou de validité de brevets... ». Cette règle doit être et a été interprétée restrictivement : v. JENARD, Rapport cit., *sub* art. 16 point 4; GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, No 97; BARIATTI, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 501.

compétence non exclusive aux compétences qui seraient normalement disponibles en vertu de la Convention. Le texte figure entre crochets en vue d'une discussion plus approfondie de la question dans le cadre de la Conférence diplomatique.

### *Paragraphe 6*

Le dernier paragraphe de l'article sur les compétences exclusives traite du problème de l'étendue de ces compétences en fonction de la manière par laquelle le tribunal est saisi d'une question tombant sous l'empire d'une compétence exclusive. Le texte proposé du paragraphe 6 vise à restreindre la portée des compétences exclusives, en la limitant aux cas où le juge est saisi de la question à titre principal. Les questions soulevées à titre incident resteraient par conséquent soumises aux règles ordinaires de compétence. La question à examiner consiste à apprécier s'il est nécessaire ou au moins souhaitable de concentrer les questions visées dans les paragraphes précédents devant les tribunaux d'un seul Etat, alors même qu'on ne demande pas au juge de les résoudre avec effet général, *erga omnes*, mais uniquement de se prononcer avec un effet limité à la procédure en cours, pour le besoin de la solution d'une autre question dont le tribunal est saisi à titre principal. Puisque la décision à titre incident n'a aucun effet envers les tiers et ne préjuge pas d'une décision différente qui pourrait être prise par le tribunal exclusivement compétent pour en connaître à titre principal, l'opportunité d'une compétence exclusive peut être mise sérieusement en doute; d'autant plus qu'elle pourrait obliger les parties à un différend, lorsqu'il porte principalement sur une question autre que celle pour laquelle la compétence exclusive est établie, à agir devant deux juridictions pour résoudre leur contentieux. Il est intéressant de remarquer que la Convention de Bruxelles se prononce en principe dans ce dernier sens: en établissant que le juge doit se déclarer d'office incompétent lorsqu'il est saisi d'un litige pour lequel le juge d'un autre Etat contractant est exclusivement compétent en vertu de l'article 16, l'article 19 ne se réfère qu'à l'hypothèse de saisine « à titre principal ». Il reste toutefois à établir si le juge saisi à titre incident est obligé de se déclarer incompétent en présence de l'exception du défendeur.<sup>112</sup> La Commission spéciale, en limitant l'exclusivité des compétences prévues à l'article 12 au cas où le juge est saisi à titre principal, a toutefois préféré présenter un texte entre crochets en vue d'une discussion plus approfondie du problème dans le cadre de la Conférence diplomatique.

## **Article 13 – Mesures provisoires et conservatoires**

### *Définition des mesures provisoires et conservatoires*

La Convention ne définit pas ce qu'elle entend par les termes « mesures provisoires et conservatoires » sinon, de façon très limitée, pour les besoins du paragraphe 3. C'est avant tout à la loi du tribunal saisi de déterminer quelle sont les mesures susceptibles d'être mises en œuvre par ce tribunal<sup>113</sup>. Toutefois, les mesures provisoires et conservatoires visent deux objectifs principaux :

- a) bloquer des biens à un stade préliminaire, biens qui pourront ensuite servir à satisfaire la condamnation du jugement à intervenir ; ou
- b) préserver le *statu quo* en attendant que le fond du litige soit tranché<sup>114</sup>.

<sup>112</sup> Cette question pourrait être laissée au droit national ou bien à l'appréciation du juge saisi. Sur le rôle du droit national dans le régime de l'exception d'incompétence, v. DROZ G., *op. cit.*, No 243 et s.

<sup>113</sup> Pour une étude du droit anglais et du Commonwealth, des Etats-Unis, de la France, de l'Allemagne, des Pays-Bas, de la Suisse et de l'Union européenne, v. KESSEDJIAN C., *Note sur les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé et en droit comparé*, Doc. prélim. No 10. Sur la situation au Japon, v. TAKAHASHI K., « Jurisdiction to Grant an Interim Freezing Order », (1999) 48 *ICLQ* 431.

<sup>114</sup> V. le rapport du 67<sup>ème</sup> congrès de l'ILA, Helsinki, 1996, p. 202, clause 1. Une traduction française du texte originale en langue anglaise peut être trouvée dans KESSEDJIAN C., *JDI* 1997. 110. La définition est

En général, les mesures ordonnées sont d'une nature temporaire et sont sujettes à révision avant ou pendant l'instance au fond. Il n'en est cependant pas toujours ainsi. Par exemple, une mesure postérieure au jugement visant à empêcher que sortent du territoire du for des biens pouvant servir à satisfaire la condamnation entrerait dans le champ d'application de l'article. Bien qu'une définition exhaustive ne soit pas envisageable, il est possible de préciser quelles sont les mesures qui ne servent pas ces objectifs. En premier lieu, les mesures dont l'objet principal est d'obtenir des preuves en vue du procès n'entrent pas dans la définition des mesures provisoires et conservatoires<sup>115</sup>. Une proposition visant à étendre la définition des mesures provisoires et conservatoires aux mesures visant à rechercher ou à préserver des preuves n'a pas été acceptée par la Commission spéciale. En second lieu, une « *anti-suit injunction* » concerne la compétence et non le maintien du statu quo sur le fond du litige.

Il appartient à la loi du juge saisi – jusques et y compris, le cas échéant, ses règles de conflit de lois – de déterminer quels sont les mesures provisoires et conservatoires disponibles, dans quelles circonstances et à quelles conditions ces mesures peuvent être ordonnées et dans quelles circonstances une mesure déjà ordonnée peut être retirée.

### *Paragraphe 1*

Le premier paragraphe dispose qu'un tribunal compétent pour connaître du fond du litige en vertu des articles 3 à 12 est compétent pour prononcer toute mesure provisoire ou conservatoire. Ces mesures peuvent concerner les biens, quel que soit leur lieu de situation, la personne ou la conduite du défendeur, ou de toute autre personne, quel que soit le lieu où cette personne se trouve. L'utilisation des termes « fond du litige » désigne le différend opposant les parties, à l'occasion duquel les mesures provisoires ou conservatoires sont recherchées. Ce différend doit entrer dans le champ d'application matériel de la Convention, tel que défini au chapitre I, puisque, à défaut, la question de l'application des articles 3 à 12 à la compétence ne saurait se poser. Ainsi, sont exclues les mesures prises dans des matières qui ne sont pas d'une nature civile ou commerciale ou qui sont exclues par l'article 1(2), comme par exemple les mesures demandées dans le cadre d'une procédure d'arbitrage.

Les termes visent le fond du litige, c'est-à-dire un différend en cours entre les parties. Partant, si la compétence d'un tribunal particulier est exclue pour ce litige en raison d'une clause attributive de juridiction de l'article 4, des dispositions des articles 7, 8 ou 11(1) ou encore des dispositions de l'article 12 sur la compétence exclusive, ce tribunal ne peut pas exercer de compétence en application de l'article 13(1), même si, en théorie, il avait pu connaître d'un différend de cette nature. Mais ce tribunal peut être compétent en application des paragraphes 2 et 3 du même article (voir ci-dessous).

Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que le tribunal soit effectivement saisi ou en voie d'être saisi pour qu'il puisse se déclarer compétent en application du paragraphe 1. Une proposition visant à limiter en ce sens l'application du paragraphe 1 n'a pas été acceptée par la Commission spéciale. Il en résulte qu'il n'est pas nécessaire qu'au moment de la demande une procédure au fond soit en cours dans l'un quelconque des Etats contractants. Toutefois, l'utilisation des termes « du fond du litige » indique qu'il est nécessaire qu'existe un différend et, à tout le moins, une forte probabilité pour qu'une procédure soit ouverte dans un avenir proche. Dans la mesure où il reviendra au droit national de déterminer toutes les conditions (sauf celles relatives à la

---

dérivée de celle proposée par COLLINS L. dans « Provisional and Protective Measures in International Litigation », *Essays in International Litigation and the Conflict of Laws*, OUP, 1994, pp. 11-12. V. aussi MAHER G. et RODGER B.J., « Provisional and Protective Measures: the British Experience of the Brussels Convention », (1999) 48 *ICLQ* 302, spéc. p. 302.

<sup>115</sup> V. la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, article 1.

compétence) auxquelles la mesure sera accordée, il semble difficile d'imaginer qu'un demandeur pourra obtenir le prononcé de la mesure sans que le tribunal accordant cette mesure soit convaincu qu'un procès au fond est pendant ou imminent. De la même façon, si aucun litige au fond n'est entamé dans un délai raisonnable devant le tribunal qui a accordé la mesure provisoire ou conservatoire ou devant un autre tribunal, il est tout aussi difficile d'imaginer comment, en application du droit national, le maintien de ces mesures pourra être possible.

Le fait qu'un litige au fond soit pendant dans un autre Etat contractant n'empêche pas un tribunal de se déclarer compétent en application du paragraphe 1. L'article 21, relatif à la litispendance, ne s'appliquera pas, puisque l'article 21(3) précise que la disposition vise à éviter les conflits de décisions sur le fond du litige. Or, en général, la plupart des mesures provisoires et conservatoires ne bénéficient pas de l'autorité de chose jugée et, partant, ne sont pas « susceptibles d'être reconnues en vertu de la Convention », au sens de l'article 21(1). Pour la même raison, l'existence d'une procédure dans un autre Etat contractant visant à obtenir une mesure provisoire ou conservatoire n'empêche pas l'exercice de la compétence. En effet, la structure de l'article 13, et particulièrement des paragraphes 2 et 3, montre que le demandeur peut rechercher satisfaction dans plusieurs Etats simultanément. Les décisions rendues en application de l'article 13(2) et 13(3) n'ont pas la qualité de « jugement » au sens de l'article 23 et, partant, ne peuvent prétendre à aucune priorité au sens de l'article 21(1).

Contrairement à la compétence mise en place par les deux paragraphes suivants, celle qui est mise en place par le paragraphe 1 n'est pas limitée au territoire de l'Etat du for. Dans cette mesure, par cette disposition, il est possible d'obtenir une mesure susceptible d'avoir des effets extra-territoriaux. Du fait de la définition du terme « jugement », donnée par l'article 23, une telle mesure peut être qualifiée de jugement, susceptible en principe d'être reconnu en application des dispositions du chapitre III, sous réserve des conditions posées par les articles 25 et 28. Les mesures provisoires ou conservatoires ne bénéficient en principe pas de l'autorité de chose jugée et, dès lors, ne seront pas susceptibles d'être reconnues en vertu de l'article 25(2). En revanche, elles peuvent faire l'objet d'une exécution, en application de l'article 25(3). De plus, de nombreuses mesures provisoires ou conservatoires sont accordées sur requête, ainsi que le permettent la plupart des systèmes juridiques. Dans ce cas, la reconnaissance ou l'exécution de la mesure peuvent être refusées en application de l'article 28(1)(d), puisque, manifestement, l'acte introductif d'instance n'a pas été notifié du tout au défendeur, l'empêchant par là d'organiser sa défense. Ceci implique que, dans la plupart des cas, la mesure, même si elle est adoptée en application du paragraphe 1, ne sera efficace que sur le territoire du tribunal qui l'a prononcée. Toutefois, si la mesure est confirmée après que le défendeur a été informé et mis en mesure de comparaître et de se défendre en temps utile, elle pourra être susceptible d'exécution en application des dispositions du chapitre III.

Dans la mesure où la compétence prévue au paragraphe 1 est fondée sur la compétence d'un tribunal déterminée en application des articles 3 à 12, la compétence fondée sur le droit national, telle que préservée par l'article 17, ne saurait suffire. Puisque l'article 17 réserve explicitement l'article 13, les restrictions imposées par l'article 13 ne peuvent pas être écartées en application du droit national. Partant, le tribunal d'un Etat contractant ne peut ordonner une « *Mareva injunction* » ayant une portée mondiale que si les conditions des paragraphes 1 ou 3 sont remplies, sauf si toutes les parties sont habituellement résidentes dans le même Etat.

### *Paragraphe 2*

Ce paragraphe donne compétence au tribunal de l'Etat de la situation des biens pour prononcer une mesure provisoire ou conservatoire limitée à ces biens. Du fait de l'article 2, ce tribunal doit appartenir à un Etat contractant. Cette compétence est conférée au tribunal, même si celui-ci n'est pas compétent pour statuer sur le fond du litige en application des articles 3 à 12. Ceci explique que la compétence prévue au



paragraphe 2 puisse être mise en œuvre même si la compétence au fond est exclue, du fait d'une clause attributive de juridiction de l'article 4, du fait de l'application des articles 7, 8 ou 11 ou encore du fait de l'existence d'une compétence exclusive de l'article 12. Toutefois, la compétence prévue au paragraphe 2 est « limitée à ces biens ». En d'autres termes, la compétence est limitée *(i)* aux mesures portant sur des biens (par opposition à des mesures portant sur des personnes ou sur un acte particulier) et *(ii)* aux biens situés sur le territoire de l'Etat contractant sur lequel se trouve le tribunal compétent. Puisque la mesure ordonnée sur le fondement de la compétence instituée par le paragraphe 2 n'a pas la qualité de « jugement » au sens de l'article 23, elle n'entre pas dans le champ d'application du chapitre III. Partant, pour des raisons pratiques, l'efficacité de ces mesures est limitée au territoire de l'Etat contractant sur lequel se trouve le tribunal qui les a prononcées.

Comme dans le premier paragraphe, il n'est pas nécessaire qu'une procédure au fond soit pendante ou en voie de l'être. Toutefois, comme on l'a déjà fait remarquer, il est improbable qu'un tribunal ordonne ou maintienne longtemps une mesure si aucune procédure n'est pendante ou imminente. Toutes ces questions relèvent, bien évidemment, du droit national. Par définition, le tribunal exerçant sa compétence sur le fondement du paragraphe 2 ne sera pas compétent pour connaître, par application des articles 3 à 12, du fond du litige. Mais il peut être compétent du fait de l'article 17 ou bien, même s'il ne s'agit pas là d'une exigence essentielle, le tribunal peut agir dans le but de faciliter la tâche d'un autre tribunal.

Le simple fait que des biens situés dans le ressort du tribunal soient saisis ou immobilisés de quelque façon que ce soit par le biais d'une mesure provisoire ou conservatoire ne donne pas à ce tribunal de compétence au sens des articles 3 à 12 pour statuer sur les droits portant sur ces biens. Toutefois, l'article 18(2)(a) permet à un tribunal d'exercer une compétence prévue par son droit national et autorisée par l'article 17 pour un litige directement lié à ces biens. Partant, si la propriété des biens qui font l'objet de la mesure provisoire ou conservatoire est contestée entre les parties, le tribunal compétent en application du paragraphe 2 pourra trancher cette question si son droit national le permet.

### *Paragraphe 3*

Le paragraphe 3 permet aussi au tribunal d'un Etat contractant qui n'est pas compétent pour connaître du fond du litige en vertu des articles 3 à 12 d'ordonner une mesure provisoire ou conservatoire. Comme on l'a déjà souligné, le paragraphe 1 de l'article 13 limite le nombre de tribunaux susceptibles de se déclarer compétents, mais ne comporte aucune limite tenant à l'objet de ces mesures, qui peuvent porter sur les biens, les personnes ou les actes. Le paragraphe 2 est limité aux mesures portant sur des biens situés sur le territoire du for, mais n'exige pas que le tribunal soit compétent sur un autre fondement. Le paragraphe 3 n'est limité ni par une règle de compétence, ni par l'objet des mesures, mais toute mesure prise en application de ce paragraphe aura des effets limités au territoire du for. Il autorise ainsi le prononcé de mesures affectant des personnes ou des actes dans l'Etat contractant sur le territoire duquel se trouve le tribunal ordonnant cette mesure. En application du paragraphe 3, un tribunal pourrait prononcer une mesure portant sur la conduite d'une personne située sur son territoire, même si cette conduite est liée à des problèmes se posant hors de ce territoire, comme par exemple un ordre de rapatrier des fonds déplacés ou de rendre compte de leur étendue et de leur localisation, pour autant qu'elle puisse être exécutée dans les limites du territoire du for sur la personne ou les biens de la personne visée par la mesure.

L'exercice de la compétence prévue au paragraphe 3 dépend de deux conditions qui ne se retrouvent pas aux paragraphes 1 et 2. En premier lieu, l'exécution de la mesure est limitée au territoire de l'Etat contractant auquel appartient le tribunal ayant prononcé cette mesure. Comme on l'a vu, l'efficacité extra-territoriale des mesures prononcées en application du paragraphe 2 est empêchée de la même façon, par le fait que ces mesures ne sont pas susceptibles de reconnaissance en application

de la Convention. En second lieu, l'objet de ces mesures doit être de protéger temporairement une demande au fond qui est pendante ou en voie d'être déposée par les demandeurs à la mesure.

La seconde condition conduit à poser deux exigences supplémentaires. La première concerne la nature de ces mesures. La définition utilisée dans le cadre du paragraphe 3 est plus étroite que celle qui permet de définir le champ d'application des paragraphes 1 et 2. Pour le paragraphe 3, il est nécessaire que la mesure ordonnée soit de nature provisoire et accordée alors que le litige au fond est déjà pendante. L'exigence selon laquelle le but de cette mesure est la protection « temporaire » d'une action au fond exclut les mesures prononcées après le jugement, ainsi que les recours aux techniques, disponibles dans certains pays, par lesquelles un jugement en référé peut être obtenu si le défendeur ne peut pas sérieusement contester l'existence de l'obligation sur laquelle est fondée la demande.

La seconde exigence est que la demande au fond soit ou bien pendante ou bien à former par le requérant. Comme on l'a vu, cette exigence est absente des paragraphes 1 et 2, même si, pour des raisons pratiques, la différence n'est peut être que superficielle. L'action visant à obtenir une décision au fond doit être pendante ou à former devant le tribunal saisi de la requête visant à obtenir une mesure provisoire ou conservatoire, ou devant tout autre tribunal, que celui-ci soit ou non compétent en vertu des articles 3 à 12 de la Convention, ou que celui-ci soit ou non le tribunal d'un Etat contractant.

## **Article 14 – Pluralité de défendeurs**

### *Paragraphe 1*

L'article 14 permet à un demandeur d'attirer deux ou plusieurs codéfendeurs devant les tribunaux d'un même Etat contractant, même si certains des codéfendeurs ne sont pas habituellement résidents dans cet Etat, voire dans aucun autre Etat contractant et qu'aucun autre chef de compétence obligatoire n'est susceptible d'être invoqué contre eux. L'objet de cette disposition est d'éviter un risque important de décisions inconciliables qui pourrait exister si le demandeur devait attirer séparément chaque défendeur devant différents tribunaux. Toutefois, plusieurs conditions sont exigées dans le but d'éviter toute manipulation des critères de compétence par le demandeur, qui pourrait, par exemple, attirer un défendeur sans lien avec le litige dans le but de conférer une compétence à un tribunal plus favorable à ses intérêts.

En premier lieu, la compétence des tribunaux d'un Etat contractant ne peut être fondée que sur la résidence habituelle de l'un au moins des codéfendeurs dans cet Etat. Au cas où il s'agirait d'une personne juridique et non d'une personne physique, cette résidence habituelle est celle définie à l'article 3(2). En d'autres termes, le demandeur ne pourrait pas attirer d'autres codéfendeurs lorsque la compétence à l'égard du premier défendeur est fondée, par exemple, sur les articles 6 ou 10.

En deuxième lieu, la demande dirigée contre le défendeur qui a sa résidence habituelle dans l'Etat dans lequel l'action est menée et la demande dirigée contre les autres défendeurs doivent être si étroitement liées qu'elles doivent être décidées ensemble, afin d'éviter un risque sérieux de jugements inconciliables. Des jugements sont considérés comme inconciliables lorsque les constatations de fait ou les conclusions juridiques auxquelles ils parviennent sont incompatibles les unes avec les autres. Dans la version anglaise, le terme « *inconsistent* » a été préféré à « *irreconcilable* », pour traduire le terme français « inconciliable », car si une décision déclarant la responsabilité du codéfendeur A peut être conciliée avec une décision affirmant l'absence de responsabilité du codéfendeur B, il n'en reste pas moins que les jugements sont inconciliables si la première décision est fondée sur le fait que l'événement invoqué par le demandeur a eu lieu, alors que la seconde est au contraire

fondée sur le fait qu'il n'a pas eu lieu. Le risque doit être « sérieux », ce qui veut dire qu'il ne doit pas s'agir d'une pure spéculation.

En troisième lieu, pour chaque défendeur, doit exister un lien substantiel entre l'Etat dans lequel est mené l'action et le litige concernant le défendeur. La charge de la preuve de l'existence de ce lien repose sur celui qui s'en prévaut. Les termes utilisés sont aussi ceux de l'article 18(1) relatif aux compétences prohibées. Le lien ne doit pas nécessairement être tel qu'il pourrait constituer un chef de compétence en application des articles 3 à 12, voire en application du droit national dans la mesure autorisée par l'article 17, mais il doit être suffisamment fort pour satisfaire le tribunal que le codéfendeur n'est pas attiré devant un for clairement inapproprié. La même restriction s'applique à l'article 16, qui est analysé dans les développements qui suivent.

### *Paragraphe 2*

Même si toutes ces conditions sont remplies, le demandeur ne peut pas attirer un codéfendeur sur le fondement de l'article 14 si ce codéfendeur invoque une clause attributive de juridiction exclusive conforme à l'article 4, attribuant compétence à un autre tribunal, appartenant ou non à un Etat contractant. Bien évidemment, si le codéfendeur ne conteste pas la compétence du tribunal saisi sur le fondement de l'article 14 dans le délai imposé par l'article 5(2), ce tribunal sera compétent, malgré l'existence de la clause attributive de juridiction.

### **Article 15 – Demandes reconventionnelles**

L'article 15 permet au défendeur de soulever une demande reconventionnelle contre le demandeur devant le même tribunal que celui choisi par le demandeur et compétent selon les dispositions de la Convention. Une demande reconventionnelle est une action du défendeur contre le demandeur, indépendante mais néanmoins liée à la demande principale. Elle doit être distinguée d'un simple moyen de défense 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. Ce moyen de défense est appelé « *set-off* » en droit anglais et « compensation » en français (*Aufrechnung* en allemand). Le caractère admissible ou non d'un tel moyen de défense est régi par la loi applicable, telle que désignée par la règle de conflit de lois du tribunal saisi de la demande originaire<sup>116</sup>.

La demande reconventionnelle doit résulter de la relation contractuelle ou des faits sur lesquels la demande originaire est fondée. Le terme anglais de « transaction » a été utilisé pour rendre le français « relation contractuelle », dans la mesure où ce terme est plus large que les mots « *contractual relationship* ». En d'autres termes, la demande reconventionnelle ne doit pas nécessairement résulter du contrat sur lequel la demande originaire est fondée : elle peut résulter d'un contrat connexe intégré à une relation contractuelle plus large entre les parties. De la même façon, le terme anglais « *occurrence* » a été utilisé pour rendre le français « des faits », dans le but de faire remarquer que les faits sur lesquels est fondée la demande reconventionnelle ne doivent pas être identiques, mais peuvent résulter d'un ensemble de circonstances plus larges, quoique liées<sup>117</sup>.

<sup>116</sup> Pour une explication des différences entre les systèmes juridiques, v. la décision de la CJCE *Danvaern Production A/S c. Schuhfabriken Otterbeck GmbH & Co.* (C-341/93), *Recueil des Arrêts*, 1995-I, 2053.

<sup>117</sup> Par contraste, on peut se référer aux termes plus étroits utilisés par la Convention de Bruxelles qui, dans son article 6 (3) parle « du contrat ou du fait sur lequel est fondée la demande originaire ».

## **Article 16 – Appel en garantie et intervention**

### *Paragraphes 1 et 2*

Cet article établit une compétence dérivée, en cas d'appel en garantie ou d'intervention, grâce à quoi un tiers devient partie au procès, permettant ainsi de juger dans le même procès toutes les questions liées à la même situation factuelle. En application de cette compétence, le tribunal qui est compétent en vertu d'une disposition quelconque de la Convention peut également exercer sa compétence à l'égard d'un appel en garantie ou une intervention. L'adoption d'une règle conventionnelle en la matière présente quelques difficultés, car il s'agit d'une compétence admise par plusieurs systèmes juridiques, mais non par d'autres. Pour éviter d'envisager des dispositions spéciales applicables aux Etats contractants qui ne la connaîtraient pas<sup>118</sup>, l'avant-projet de Convention prévoit qu'une telle compétence n'est établie que si le droit national de l'Etat du juge saisi le permet. Il faut aussi éviter que la compétence en question puisse être utilisée de façon abusive, pour soustraire la personne appelée dans le procès au juge qui serait normalement compétent pour juger du litige qui le concerne. A cette fin la compétence est subordonnée à une condition positive, à savoir qu'il existe un lien substantiel entre l'Etat du juge saisi de la demande originaire et le tiers, ce qui implique que la preuve de ce lien doit être donnée par la partie qui formule la demande en garantie ou en intervention<sup>119</sup>. Par ailleurs, il est évident que le lien en question ne doit pas être tel qu'il puisse fonder une compétence autonome sur la demande en garantie, mais il devra révéler une connexion suffisante entre la demande principale et la demande en garantie ou en intervention pour convaincre le juge saisi que la demande n'a pas été formulée seulement dans le but d'attirer l'appelé devant le juge sur la base d'une compétence exorbitante.

Le deuxième paragraphe vise à limiter la compétence dérivée sur l'appel en garantie ou l'intervention en présence d'une clause d'élection de for convenue avec le défendeur. Il serait en effet contraire au principe de la liberté des parties de convenir d'un for compétent et au principe de bonne foi de permettre à la partie qui fait valoir la garantie d'attirer la partie qui a donné la garantie devant le juge compétent pour la demande originaire, en violation d'une convention attributive de juridiction à un autre juge<sup>120</sup>, à la condition qu'il y ait eu une attribution de compétence exclusive et que la convention d'élection de for soit conforme aux conditions prévues par l'article 4 de la Convention.

## **Article 17 – Compétence fondée sur le droit national**

La Convention ne règle pas de façon exhaustive la compétence des tribunaux des Etats contractants ; elle se borne à définir, dans les articles 3 à 13, une série de critères de compétence internationale qui doivent être offerts par les Etats contractants et leurs tribunaux.

Cela implique, d'un côté, que les Etats contractants ont l'obligation de prévoir ces compétences et de les mettre à la disposition des parties qui veulent s'en prévaloir. De

---

<sup>118</sup> Comme le font la Convention de Bruxelles (article V du protocole) et la Convention de Lugano (article V du protocole point 1).

<sup>119</sup> On rappelle que la Convention de Bruxelles pose une condition négative, en précisant que la compétence sur la demande originaire s'étend à la demande en garantie ou en intervention « à moins qu'elle n'ait été formée que pour traduire hors de son tribunal celui qui a été appelé »; cette formulation a amené à interpréter le texte dans le sens que c'est au plaideur appelé qui conteste la compétence de prouver le détournement de for (v. GAUDEMET-TALLON H., *op. cit.*, No 226).

<sup>120</sup> Dans le même sens JENARD, Rapport cit., *sub* art. 6 point 1, bien que dans l'absence d'une disposition expresse dans la Convention de Bruxelles.

l'autre côté, il en découle que, lorsque le demandeur porte son action devant les tribunaux d'un Etat auquel la Convention donne compétence en vertu de ces articles, le juge saisi ne peut pas refuser de connaître de l'affaire, sauf si la Convention elle-même lui permet de le faire ou l'oblige à le faire en faveur d'un autre juge situé dans un autre Etat contractant ou dans un Etat tiers. Le jeu des compétences exclusives (article 12) et des compétences de protection (articles 7, 8), ainsi que le rôle attribué par la Convention à la volonté des parties dans la détermination du for compétent (articles 4, 5) ou encore l'exigence de coordination entre tribunaux également compétents (articles 21, 22) permet en effet que certaines compétences, bien que disponibles en principe, ne le soient pas dans un cas concret.

Si les Etats contractants ont assumé avec la Convention l'obligation de mettre à la disposition des parties les compétences qui y sont expressément prévues et réglementées, ils ne se sont nullement engagés à ne pas conserver dans leur droit national d'autres compétences dans les matières visées par la Convention, dans la mesure où ces compétences ne sont pas incompatibles avec les compétences expressément prévues ou ne sont pas interdites par la Convention même.

L'article 17 précise en ce sens les limites de l'obligation assumée par les Etats contractants, lorsqu'il déclare que la Convention ne porte pas atteinte à l'application des règles de compétence prévues par le droit national, mais sous réserve des règles conventionnelles prévoyant des compétences fondées sur l'autonomie des parties (articles 4, 5) ou sur un but de protection (articles 7, 8) ou encore qui ont nature exclusive (article 12), et qu'il ajoute la condition qu'il ne doit pas s'agir de compétences dont la Convention interdit de toute manière l'application (article 18). La marge de manœuvre des Etats dans l'attribution d'un rôle à leur droit national en matière de compétence se trouve par conséquent limitée par les compétences expressément prévues, d'une part, et par les compétences interdites, d'autre part. Dans ces limites les Etats contractants sont libres d'établir les règles de compétences qu'ils jugent les plus appropriées, dans n'importe quelle matière, y compris les matières – contrats, délits, succursales – pour lesquelles la Convention adopte des règles de compétence spécifiques.

### ***Article 18 – Compétences interdites***

Cet article définit les compétences qui doivent être regardées comme interdites par la Convention. Cette définition est faite en posant un principe, accompagné d'exemples et de directives pour son application.

#### *Paragraphe 1*

Ce paragraphe pose le principe que les compétences prévues par le droit national d'un Etat contractant ne sont admises que si elles sont fondées sur un lien substantiel du litige avec l'Etat concerné. Le principe représente le développement de la condition exprimée dans la dernière partie de l'article 17, à laquelle le recours aux règles de compétences nationales est subordonné. En posant le principe, la Convention ne dicte pas des règles précises pour son application, si bien que l'appréciation de la nature substantielle ou non du lien à la base de chaque règle de compétence est laissée au juge appelé à en faire application dans chaque cas concret. Par ailleurs, puisque les Etats contractants sont obligés de ne pas appliquer leur droit national lorsqu'il n'y a pas de lien substantiel entre le litige et l'Etat, la mise en œuvre de la règle revient à donner aux tribunaux de chaque Etat un pouvoir d'appréciation de la compatibilité de ses règles nationales de compétence avec le principe posé à l'article 18. Si ce lien substantiel ne pouvait pas être établi dans un cas concret, le juge saisi serait tenu, aux termes de la Convention, de se déclarer incompétent. Les formes adéquates pour assurer ce pouvoir de révision conféré au juge dépendent naturellement des procédures de mise en œuvre de la Convention par chaque Etat contractant.

Toutefois, l'interdiction d'utiliser des rattachements n'exprimant pas de lien substantiel entre l'Etat du juge saisi et le litige n'existe que lorsque le défendeur est habituellement résident dans un Etat contractant. A l'égard des défendeurs ayant leur résidence habituelle sur le territoire d'un Etat non contractant, chaque Etat demeure libre de régler l'étendue de sa compétence judiciaire de la manière qu'il juge la plus appropriée, y compris au moyen de l'emploi de rattachements exorbitants, contre l'application desquels les défendeurs situés dans un Etat non contractant ne jouissent par conséquent d'aucune protection. Par cela, la Convention, tout en n'attachant pas en principe à la résidence du défendeur dans un Etat contractant le rôle de critère d'applicabilité des règles de compétence conventionnelles<sup>121</sup>, revient à la mettre en valeur en tant que critère de délimitation de la marge de manœuvre dont disposent les Etats de recourir au droit national pour définir l'ampleur de leur compétence juridictionnelle.

### *Paragraphe 2*

Dans le but de faciliter l'application du principe énoncé au paragraphe premier, la Convention donne ici une série d'exemples de rattachements qui n'expriment pas un lien substantiel du litige avec un Etat. Les règles nationales qui se fondent sur les critères indiqués dans le paragraphe 2 ne sont pas soumises à une appréciation du juge saisi visant à vérifier l'existence d'un lien substantiel ; elles doivent être écartées automatiquement du fait que l'insuffisance du lien sur lequel elles se fondent est affirmée dans la Convention. Face à des règles nationales fondées sur les critères indiqués au paragraphe 2, le juge saisi ne pourra donc que se déclarer incompétent.

Les compétences expressément interdites par la Convention sont notamment les suivantes :

#### *Lettre a) - Présence ou saisie de biens du défendeur*

Ce chef de compétence permet d'attirer le défendeur devant les tribunaux d'un Etat en faisant valoir qu'il possède des biens sur son territoire. Dans la mesure où il peut être invoqué pour fonder n'importe quelle action, alors même que la demande n'a aucun lien avec les biens présents dans l'Etat, ce for doit être considéré comme exorbitant et ne peut pas être accepté. Suivant l'exemple de la Convention de Bruxelles, qui a exclu l'applicabilité du § 23 de la *Zivilprozessordnung* allemande utilisé pour fonder une compétence *in personam* indépendamment de la valeur de la demande<sup>122</sup>, et du Protocole de 1971, la Commission spéciale n'a eu aucune difficulté à inclure cette compétence parmi les compétences interdites. Il en est de même lorsqu'une compétence générale est fondée sur la saisie de biens du défendeur dans l'Etat, ainsi qu'il arrive par exemple en Écosse<sup>123</sup>.

L'interdiction de fonder la compétence sur la présence ou la saisie des biens du défendeur ne concerne ce critère, ainsi qu'on vient de le mentionner, qu'en tant que fondement d'une compétence générale à l'égard du défendeur. Il en est autrement pour l'exercice d'une compétence spéciale, lorsque le litige est directement lié aux biens du défendeur qui se trouvent ou ont été saisis dans l'Etat. Dans ce cas, on ne peut pas affirmer que le rattachement n'exprime pas un lien substantiel du litige avec l'Etat. La Convention n'exclut donc pas son utilisation en tant que fondement d'une compétence spéciale, si le droit national le prévoit<sup>124</sup>.

<sup>121</sup> V. *supra*, le commentaire à l'article 2.

<sup>122</sup> Cf. WESER M., *Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions*, 1975, p. 110.

<sup>123</sup> Voir SCHLOSSER, Rapport cit., No 86.

<sup>124</sup> On notera que la compétence du lieu de situation des biens est prévue par la Convention Unidroit sur le retour international des biens culturels volés ou illicitement exportés, Rome, 24 juin 1995.

*Lettre b) - Nationalité du demandeur*

Cette compétence permet au demandeur de porter une action contre le défendeur devant les tribunaux de l'Etat dont il a la nationalité, indépendamment de la nature de la demande et à défaut de tout autre rattachement avec cet Etat. C'est le cas de l'article 14 des Codes civils français et luxembourgeois que la Convention de Bruxelles déclare exorbitant. Là aussi la Commission spéciale n'a eu aucune hésitation à interdire un chef de compétence qui, dans le domaine matériel de la Convention, ne peut nullement constituer un lien suffisant du litige avec l'Etat du juge saisi.

*Lettre c) - Nationalité du défendeur*

L'opportunité d'interdire la compétence fondée sur la nationalité du défendeur, prévue par exemple à l'article 15 des Codes civils français, luxembourgeois et belge et admise dans le passé par la jurisprudence italienne<sup>125</sup>, a également été affirmée sans susciter trop de discussions. Une telle compétence ne se justifie guère dans le cadre d'une convention ayant un domaine matériel comme celui de la présente Convention, et son application pourrait porter à affirmer la compétence dans des situations n'ayant aucun lien réel avec l'Etat du juge saisi.

*Lettre d) - Domicile, résidence habituelle ou temporaire, ou présence du demandeur*

Bien qu'elles puissent être regardées comme exprimant un rattachement plus fort que la nationalité du demandeur, d'autres situations se rapportant à la condition du demandeur, telles que son domicile, sa résidence habituelle ou temporaire, ou sa simple présence dans l'Etat du tribunal saisi ne montrent pas un lien suffisant avec celui-ci pour fonder une compétence générale du tribunal saisi<sup>126</sup>. Ces situations expriment un rattachement du demandeur qui, par sa nature, serait susceptible de jouer dans le domaine propre à la Convention, mais elles n'indiquent que le rattachement d'une des parties en cause et donnent lieu aux mêmes difficultés que le for de la nationalité du demandeur si elles sont utilisées en tant que seules bases de compétence. La Commission spéciale a marqué son accord pour les exclure<sup>127</sup>.

*Lettre e) - Poursuite d'activités commerciales ou autres par le défendeur*

Ce chef de compétence a donné lieu à beaucoup de discussions au sein de la Commission spéciale, en partie à cause de la difficulté de saisir exactement la portée d'un rattachement assez souple et soumis à l'appréciation du juge dans chaque cas d'espèce. L'interdiction vise la compétence fondée sur la circonstance que le défendeur a une activité régulière et d'une certaine importance dans l'Etat, indépendamment de l'organisation de celle-ci, et donc sans égard à l'existence d'un rattachement ultérieur avec cet Etat : présence de biens ou d'un établissement, principal ou secondaire, dans l'Etat même. Ce rattachement, mieux connu aux Etats-Unis avec l'expression *doing business*, permet, dans certaines situations, de porter une action contre le défendeur aussi dans le cas où la demande n'a aucune relation spécifique avec l'activité déployée par le défendeur dans l'Etat du juge saisi. Il s'agit donc d'une compétence qui a une portée générale malgré le défaut d'un centre d'activité du défendeur dans cet Etat. En outre, son application présente une marge d'incertitude importante, à cause de la difficulté d'établir la qualité et la quantité d'activité nécessaire pour fonder la compétence, dont l'appréciation ne pourrait qu'être laissée au même juge saisi. Sa présence dans le contexte de la Convention, destinée à fournir un instrument

<sup>125</sup> Cf. encore WESER M., *op. cit.*, p. 104. Cette compétence n'est plus admissible en Italie après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi de droit international privé de 1995.

<sup>126</sup> Cela n'exclut pas que ces mêmes situations puissent jouer un rôle pour fonder une compétence spéciale: voir par exemple l'article 7 en matière de contrats conclus par les consommateurs.

<sup>127</sup> Ce chef de compétence figurait déjà parmi les compétences non admises par le Protocole de La Haye de 1971.

d'application certain à la pratique, risquerait de favoriser un contentieux entre les parties au stade de l'établissement de la compétence du tribunal saisi. La Commission spéciale s'est donc inclinée vers son exclusion<sup>128</sup>.

Il est à préciser que le rattachement à l'activité du défendeur dans l'Etat n'est interdite qu'en tant que fondement d'une compétence générale, qui pourrait s'exercer sur un litige n'ayant aucune relation avec l'activité en question. L'interdiction ne serait pas justifiée lorsque le litige porte sur cette activité ou y est directement lié. La compétence ne serait en fait pas fondée sur un *doing business*, mais plutôt sur un *transacting business*, qui est susceptible d'exprimer un lien suffisant du litige avec l'Etat dans lequel l'activité est déployée. Tout en écartant, ainsi qu'on l'a déjà mis en lumière, que l'activité du défendeur puisse être prise en compte pour fonder une compétence spéciale en vertu de la Convention, celle-ci n'exclut donc pas qu'elle constitue la base d'une compétence spéciale selon le droit national.

*Lettre f) - Assignation délivrée au défendeur*

Le droit de certains Etats, notamment des pays de *common law*<sup>129</sup>, connaît une compétence fondée uniquement sur la circonstance que l'assignation a été délivrée au défendeur sur le territoire de l'Etat du tribunal saisi. Bien que cette compétence trouve sa justification originaire dans la constatation que la compétence du juge n'existe pas si le défendeur n'a pas été assigné régulièrement, il est incontestable que l'assignation n'est pas suffisante à elle seule pour établir un lien significatif avec l'Etat du juge en toute circonstance. Là encore, suivant le Protocole de La Haye de 1971, la Commission spéciale n'a pas hésité à inclure ce chef de compétence dans la liste des fors interdits.

*Lettre g) - Désignation unilatérale du tribunal par le demandeur*

Cette disposition vise le cas où l'indication d'un tribunal comme compétent n'a pas été l'objet d'une manifestation de volonté conjointe des parties, mais peut être attribuée seulement à l'une d'entre elles. Dans ce cas on est en dehors de l'hypothèse d'élection de for prévue par l'article 4, qui est fondée sur l'accord des parties selon une des formes admises en vertu du paragraphe 2 dudit article ; la pratique qui s'est développée en matière d'élection de for dans l'application d'autres conventions internationales montre clairement que l'indication unilatérale du juge compétent (par exemple dans une facture)<sup>130</sup> n'est pas équivalente à un tel accord. On est également en dehors de la situation visée par l'article 5, qui suppose que l'élection de for unilatérale faite par le demandeur en introduisant son action devant un tribunal qui ne serait pas autrement compétent, soit confirmée par le comportement du défendeur, qui se défend au fond sans contester la compétence. A la lumière du rôle attribué à l'autonomie des parties dans la Convention, il est évident que la désignation unilatérale du tribunal par une seule des parties ne peut constituer un lien suffisant avec celui-ci.

*Lettre h) - Procédure d'exequatur, d'enregistrement ou d'exécution d'un jugement*

Cette disposition vise à exclure le fait qu'une procédure ayant pour objet la mise en œuvre d'un jugement étranger – soit au stade de l'exequatur ou de l'enregistrement soit au stade de l'exécution – dans un Etat puisse constituer un chef de compétence permettant aux tribunaux de cet Etat de connaître d'autres demandes non liées à ladite procédure. Une compétence générale de cette nature est clairement injustifiée sous l'angle du lien entre le litige et le juge saisi, car elle pourrait être utilisée pour

<sup>128</sup> Voir également le Protocole de La Haye de 1971 (article 4 *d*).

<sup>129</sup> Voir, pour le Royaume-Uni et l'Irlande, les commentaires du Rapport Schlosser à la Convention de Bruxelles de 1978, Nos 85 et 86.

<sup>130</sup> Cette situation est également visée par le Protocole de La Haye de 1971 (article 4 *f*).



porter devant les tribunaux d'un Etat une affaire qui n'a aucun rattachement avec cet Etat.

De même que pour les rattachements à la présence de biens et à l'activité du défendeur dans l'Etat, la Commission spéciale a estimé qu'une compétence fondée sur l'existence d'une procédure de mise en œuvre d'une décision étrangère ne devait être interdite qu'en tant que compétence générale. Par conséquent, les Etats contractants demeurent libres de prévoir dans leur droit national une compétence spéciale lorsque le litige est directement lié à une telle procédure. Il faut toutefois souligner qu'une telle compétence doit être interprétée restrictivement, et qu'elle ne serait justifiée que dans la mesure où elle ne fait pas obstacle à l'obligation de reconnaissance ou d'exécution du jugement étranger qu'un Etat aurait assumée en vertu de la Convention.

*Lettre i) - Résidence temporaire ou présence du défendeur*

Tandis que la résidence habituelle du défendeur dans un Etat représente le critère fondamental pour l'attribution d'une compétence (générale) aux tribunaux de cet Etat (voir article 3), sa simple résidence temporaire ou sa présence n'expriment pas à elles seules un lien suffisant pour justifier cette compétence. L'appréciation du caractère temporaire de la résidence doit être faite cas par cas, en tenant compte des facteurs constitutifs d'une résidence habituelle.

*Lettre j) - Lieu de signature du contrat dont dérive le litige*

L'exclusion de ce chef de compétence découle de la considération que le lieu où un contrat est signé peut avoir une nature purement accidentelle et qu'à défaut de la présence d'autres rattachements il ne constitue pas un lien suffisant pour fonder un for contractuel.

Ainsi qu'on l'a souligné, les compétences interdites figurant au paragraphe 2 ne constituent pas une liste exhaustive. Elles ne sont que des exemples de compétences prévues par les législations nationales, auxquels d'autres pourraient s'ajouter. Le chapeau du paragraphe l'indique clairement, en faisant précéder la liste par le mot « notamment » dans la version française, qui a été omis de manière inexplicable dans la version anglaise. Le but d'une liste non exhaustive n'est pas seulement de ne pas risquer d'oublier telle ou telle autre compétence exorbitante qui pourrait exister dans les législations existantes, mais également d'éviter que de nouveaux fors exorbitants puissent être introduits en violation du principe énoncé au paragraphe premier.

Il faut encore souligner que les rattachements indiqués dans la liste tombent sous l'interdiction de l'article 18 s'ils fondent tant une compétence générale qu'une compétence spéciale, sauf pour les rattachements visés aux lettres *a)*, *e)* et *h)*, pour lesquels la possibilité d'une compétence spéciale est expressément admise. A ce dernier propos, il y a lieu aussi de rappeler que ce paragraphe, en permettant la mise en œuvre de compétences spéciales fondées sur certains des critères inclus dans la liste, n'attribue nullement aux Etats contractants une compétence en ce sens. Il se borne à permettre l'exercice de ces compétences spéciales, à la condition qu'elles soient prévues dans le droit national de l'Etat du tribunal saisi, aux termes de l'article 17.

Par ailleurs, le paragraphe 2 précise que les critères qui figurent dans la liste ne peuvent pas être pris comme fondement de la compétence des tribunaux d'un Etat non seulement lorsqu'ils sont considérés séparément, mais également lorsque plusieurs critères sont présents à la fois. En d'autres termes, l'existence simultanée de deux ou de plusieurs fors exorbitants dans un même Etat n'est pas suffisante à créer un lien substantiel du litige avec cet Etat puisque chacun de ces fors est exorbitant. Par contre, la concurrence d'un for exorbitant et d'autres critères que ceux qui sont inclus dans la liste implique que la question de l'existence d'un lien substantiel soit soumise à l'appréciation du juge saisi, aux termes du paragraphe premier. Cette

conclusion découle du texte du paragraphe 2, qui n'interdit les rattachements indiqués dans la liste que lorsqu'ils constituent le seul fondement de la compétence du tribunal saisi.

### *Paragraphe 3*

Ce paragraphe reflète une question qui a été longuement débattue par la Commission spéciale. Il s'agit de l'incidence de la Convention sur les actions civiles tendant à obtenir une réparation ou une indemnisation, à la suite d'une violation grave des droits fondamentaux de la personne, tels qu'ils sont reconnus par le droit international général et conventionnel. Il est bien connu qu'à l'égard de ces crimes internationaux il y a une tendance vers l'attribution d'une compétence universelle aux Etats, qui leur permette d'exercer la juridiction pénale en faisant abstraction d'un rattachement bien précis du crime avec l'Etat du juge saisi. Le Statut même de la Cour pénale internationale, adopté à Rome le 17 juillet 1998, s'exprime dans cette direction, en prévoyant une obligation des Etats de réprimer ces crimes et la compétence de la Cour internationale au cas où les Etats s'abstiendraient de le faire. Il est aussi tout à fait normal que l'exercice de l'action pénale s'accompagne d'une action civile des victimes visant à obtenir une réparation de la part de la personne responsable de la violation. A ce propos, il faut également noter qu'une telle action civile peut s'insérer dans le cadre de l'action pénale elle-même, lorsque le droit national le permet et que le requérant l'estime opportun, ou bien être introduite d'une façon autonome devant le juge civil. Le problème se pose de déterminer les règles qui doivent régir la compétence internationale civile en cette matière, compte tenu des obligations qui découlent pour les Etats du droit international général et conventionnel.

Il y a lieu de remarquer, dans ce contexte, que la Convention n'a pas pour but principal de régler ce type d'actions civiles, mais plutôt de définir les règles de compétence juridictionnelle concernant les relations civiles et commerciales entre particuliers, qui se situent dans un contexte international. Il ne s'agit donc pas de fixer dans la Convention des règles de compétence propres aux actions fondées sur une violation des droits fondamentaux de la personne, mais simplement de laisser toute liberté aux Etats contractants d'adopter des règles nationales en la matière, en évitant que la Convention fasse obstacle à cette liberté. De ce point de vue, la solution la plus radicale aurait été d'exclure cette catégorie d'actions du domaine d'application matérielle de la Convention. La Commission spéciale a écarté cette solution, car elle aurait eu comme conséquence que ces actions, et les jugements prononcés à leur issue, n'auraient pu bénéficier des règles de reconnaissance et d'exécution de la Convention alors même qu'elles auraient été fondées sur une règle de compétence admise par la Convention même.

Tout en laissant aux Etats contractants la liberté de définir l'étendue de leur compétence en la matière, la solution a donc été retenue de prévoir une exception à l'interdiction d'utiliser certains fors dans le cadre du droit national. C'est ainsi que le paragraphe 3 de l'article 18 déclare que cet article n'exclut pas qu'un tribunal d'un Etat contractant exerce sa compétence, en vertu du droit national, lorsqu'il est saisi par le requérant d'une demande en réparation ou en indemnité d'une violation de ses droits fondamentaux. Par ce moyen, des compétences qui devraient être bannies du droit national car elles n'expriment pas un lien substantiel entre l'Etat et le litige, peuvent être utilisées, dans le cadre du droit national, si les Etats les estiment nécessaires pour faire face aux exigences qui découlent de la protection des victimes des violations des droits fondamentaux de la personne.

Toutefois, le principe ainsi établi n'a pas pu être développé dans toutes ses implications au cours des travaux de la Commission spéciale. Les conditions qui justifient une dérogation à l'interdiction de faire recours à certains rattachements exorbitants pour fonder la compétence juridictionnelle dans la matière visée n'ont pu jusqu'ici former l'objet d'un accord. C'est pourquoi l'avant-projet de Convention présente deux variantes, qui expriment les approches principales qui se sont manifestées au sein de la Commission spéciale à cet égard.

La première variante contient une indication détaillée des violations qui justifient l'emploi de fors exorbitants aux fins de l'exercice de la compétence en matière civile. Ces violations comportent d'un côté le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, tels que définis par le Statut de la Cour pénale internationale ; de l'autre côté les crimes graves contre une personne physique, ainsi que les violations graves des droits fondamentaux de la personne reconnus par le droit international (torture, esclavage, travail forcé, disparition de personnes). Quant au premier groupe de violations, l'exception prévue par le paragraphe 3 opère sans limites ; quant au deuxième, elle n'opère que s'il y a un risque pour le requérant d'un déni de justice, au motif de l'impossibilité ou de la difficulté d'introduire une action dans un autre Etat.

Selon la deuxième variante, en revanche, l'exception à l'article 18 est bien plus restreinte et ne vise que la situation où le comportement qui viole un droit fondamental est qualifié de crime selon le droit international, tandis que d'autres violations ne seraient pas prises en compte. En outre, l'utilisation d'une compétence exorbitante ne serait permise que si l'Etat qui l'utilise exerce également sa compétence pénale sur ce crime en vertu d'un traité international et si l'indemnisation demandée concerne le décès ou une grave blessure corporelle résultant de ce crime. Par contre, le risque d'un déni de justice ailleurs ne jouerait aucun rôle.

La portée de ces deux variantes, ainsi que leurs relations avec la compétence des Etats en matière pénale, restent à examiner d'une manière plus approfondie et à vérifier dans toutes leurs conséquences, afin d'aboutir à une solution satisfaisante, qui permette de sauvegarder la question de la protection des droits de la personne, sans toucher à l'équilibre structurel de la Convention.

#### ***Article 19 – Autorité du tribunal saisi***

Cet article établit les conditions dans lesquelles le tribunal d'un Etat contractant saisi d'un litige qui entre dans le champ d'application matériel de la Convention est tenu de vérifier sa compétence. La disposition vise essentiellement à éviter que le tribunal saisi puisse procéder sur la base d'une compétence interdite aux termes de l'article 18 lorsque le défendeur ne comparait pas : en cas de comparution, en effet, ce sera au défendeur de soulever une exception d'incompétence, au plus tard au moment de sa première défense au fond, à défaut de laquelle la compétence du tribunal sera établie en vertu de l'article 5 de la Convention.

La Commission spéciale n'a pas estimé pouvoir établir une obligation générale du juge de vérifier le respect de l'article 18 en toute circonstance, notamment à cause du fait qu'une vérification d'office de la compétence dans les procédures par défaut n'est pas prévue par tous les systèmes juridiques et qu'une telle obligation aurait impliqué, pour les Etats qui ne la prévoient pas, des modifications importantes de règles de procédure nationales ainsi que des coûts additionnels. L'opportunité de sauvegarder les approches différentes des systèmes nationaux et d'assurer en même temps une protection adéquate du défendeur défaillant a entraîné l'identification d'une série de conditions dont la présence oblige le tribunal saisi à vérifier que sa compétence ne repose pas sur un rattachement interdit en vertu de l'article 18.

- a) D'abord, le tribunal est tenu de vérifier sa compétence lorsque son droit national l'exige. Le renvoi au droit national répond à l'exigence de permettre aux Etats qui prévoient une obligation générale de vérification, ou en tout cas des conditions autres que celles indiquées dans l'article 19, de continuer à les appliquer. Lorsque le droit national prévoit des circonstances qui imposent la vérification de la compétence, elles viennent donc s'ajouter aux conditions conventionnelles.
- b) En deuxième lieu, la compétence doit être vérifiée si le demandeur le demande. La disposition tient compte de l'intérêt du demandeur d'avoir, en cas de doute, une vérification de la compétence du tribunal saisi, car, aux termes de l'article

26, le jugement rendu sur la base d'une compétence interdite ne pourra être reconnu ni exécuté dans les autres Etats contractants.

- c) La troisième hypothèse s'inspire de la protection du défendeur, en lui donnant la possibilité de demander la vérification de la compétence même après que le jugement a été rendu. Les modalités de cette demande sont soumises à la procédure prévue à cet effet par le droit national, qui peut la subordonner à certaines conditions. La Commission spéciale a mis cette disposition entre crochets, en vue d'un approfondissement de ses implications de droit national.
- d) La dernière hypothèse repose sur l'idée que le tribunal saisi devrait vérifier sa compétence dans le cas où il puisse y avoir un doute quelconque sur le fait que l'acte introductif d'instance ait atteint le défendeur à temps pour lui permettre de se défendre, de manière qu'il ne devrait en aucun cas supporter les conséquences négatives de sa non-comparution. Le texte, dans les deux options offertes en alternative, vise à résoudre le même problème que la Convention de Bruxelles résout avec une référence à l'article 15 de la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale. Un rappel de la Convention de La Haye ayant été écarté soit parce que l'article 15 de celle-ci n'est pas limité au défendeur défaillant soit parce que la Convention est de toute façon applicable entre les Etats qui y sont parties, la solution a été retenue, en principe, de prévoir un condition parallèle à celle de l'article 28, paragraphe 1, lettre b) en matière de conditions de reconnaissance et d'exécution de jugements. La formulation finale de cette condition demande toutefois l'attention ultérieure de la Conférence diplomatique et figure entre crochets dans le texte de l'avant-projet de Convention.

Les conditions qu'on vient d'examiner, il est bien de le souligner, ne concernent la vérification de la compétence du tribunal saisi que sous l'angle des compétences interdites en vertu de l'article 18. Aucune mention ne figure dans l'article 19 des compétences exclusives de l'article 12, pour lesquelles un problème de vérification de la compétence se pose alors même que le défendeur comparait devant le tribunal saisi, puisqu'il s'agit de compétences qui ne sont pas à la libre disposition des parties. Un problème ultérieur peut également se poser pour les compétences de protection des articles 7 et 8. La question de la vérification de la compétence dans son ensemble mériterait donc peut-être d'être reconsidérée par la Conférence diplomatique.

## **Article 20**

L'article 20 exige que le tribunal saisi sur le fondement de l'une des règles de compétence du chapitre II surseoie à statuer aussi longtemps qu'il n'est pas établi que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre. Il revient au demandeur de convaincre le tribunal de ce point. Cette disposition a pour contrepartie l'article 28 (1) (d) qui autorise (mais n'oblige pas) le juge requis à refuser la reconnaissance ou l'exécution si l'acte introductif d'instance n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre. Partant, le défendeur est doublement protégé.

### *Paragraphe 1*

Il y a toutefois plusieurs questions qui se posent à propos de l'article 20, paragraphe 1:

En premier lieu, l'article 20(1) exige que soit vérifiée l'existence d'une notification en temps utile, même si le défendeur a comparu. Dans la mesure où la contrepartie de cette disposition, contenue dans l'article 28(1)(d), a été délibérément élargie pour ne

pas s'appliquer qu'aux jugements par défaut, on peut estimer que l'article 20(1) s'applique lui aussi à l'hypothèse où le défendeur comparait sans contester la méthode ou le délai de notification. Dans les pays de *common law*, au moins, une comparution sans contestation permettrait de couvrir toute irrégularité de notification. Cependant, même dans ce cas, l'article 20 impose au demandeur de prouver que l'acte introductif d'instance a été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre — ce qui pourrait pourtant sembler n'être connu que du seul défendeur. Si le défendeur ne soulève pas la question, on peut penser que le demandeur s'acquittera aisément de cette tâche. Mais si le défendeur soulève effectivement la question, la charge de la preuve pesant sur le demandeur deviendra bien plus lourde et tout doute devra être résolu en faveur du défendeur. Et même si le demandeur s'acquitte de sa tâche, la question peut être soulevée à nouveau par le défendeur lors de la procédure de reconnaissance ou d'exécution, par le biais de l'article 28(1)(d). Dans la mesure où la disposition de l'article 27(2) relative aux constatations de fait ne vise que les faits ayant permis d'établir la compétence, le tribunal requis ne sera pas lié par les constatations de fait relatives à la notification en temps utile, établies par le juge d'origine en application de l'article 20. Se pose désormais la question de savoir si cette double preuve imposée au demandeur ne va pas un peu trop loin par rapport à l'objectif de protection du défendeur.

En deuxième lieu, règne une certaine incertitude sur le point de savoir ce qui est entendu par le terme « *notified* » utilisé dans la version anglaise. Le terme français « notifié » en son sens technique désigne la remise de l'acte introductif d'instance à un « huissier » (« *court bailiff* ») pour que celui-ci le remette au défendeur<sup>131</sup>. Une telle procédure n'existe pas dans les pays de *common law*, où le terme « notifié » est dépourvu de sens technique. Dans la mesure où l'objet de cette disposition est de donner au défendeur de réels moyens pour organiser sa défense, les termes « *notified* » et « notifié » doivent s'entendre en un sens factuel comme « porté à la connaissance de », ce qui peut englober des méthodes qui ne correspondent pas à une notification au sens strict. Cette interprétation est renforcée par les termes « et de telle manière que », qui montrent que ce qui compte est plutôt le fait de la notification que la technique utilisée.

En troisième lieu, la notification doit avoir eu lieu en temps utile et de telle manière que le défendeur puisse se défendre. L'exigence relative au « temps utile » apparaît déjà dans la Convention Notification de 1965. Les termes « et de telle manière que » ont été ajoutés dans l'avant projet de Convention. Il s'agit d'une exigence factuelle, et il peut ne pas suffire au demandeur d'établir que la notification a été faite conformément aux règles de procédure de l'Etat dans lequel l'acte introductif d'instance a été émis ou de l'Etat dans lequel il a été signifié.

Enfin, reste à s'interroger sur le sens des termes « ou que toute diligence a été faite à cette fin ». De la discussion menée au cours de la Commission spéciale, il résulte que ces termes englobent l'institution de *common law* connue sous le nom de « *substituted service* », par laquelle un tribunal peut ordonner que le défendeur soit informé de la procédure autrement que par le biais d'une signification personnelle. Ceci peut recouvrir aussi bien la notification à un avocat ayant en charge les intérêts du défendeur que la publicité dans des journaux que le défendeur soit ou non susceptible de lire. Dans les pays de tradition romano-germanique, il peut parfois suffire que l'acte introductif d'instance ait été remis à l'huissier (« notification »), même si celui-ci n'a pas pu effectivement le remettre entre les mains du défendeur (« signification »). Encore une fois, cette vérification devra être faite à deux reprises : la première fois par le tribunal d'origine, la seconde par le tribunal requis, en application de l'article 28(1)(d). Il reste à espérer que ces vérifications seront conduites avec suffisamment de tolérance à l'égard des différentes méthodes employées par les différents ordres juridiques.

---

<sup>131</sup> V. la Convention Notification de 1965, où, dans l'article 5, le terme français « notification » devient dans la version anglaise : « *arrange to have it served by an appropriate agency* ».

### *Paragraphe 2*

Le deuxième paragraphe, qui est entre crochets en attendant la décision de la Session diplomatique, réserve la priorité des instruments internationaux, bilatéraux ou multilatéraux, relatifs à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale. Comme le montrent les termes utilisés, l'instrument auquel songeait avant tout la Commission spéciale est la Convention Notification de 1965. Dans cette Convention, l'article 15 pose une règle qui concerne les questions abordées dans l'article 20 de l'avant-projet de Convention. Toutefois, certaines différences notables doivent être soulignées.

L'article 15 de la Convention Notification ne s'applique qu'en cas de défaut de comparution du défendeur. Partant, entre les Etats parties à la Convention de 1965, ne pèsera aucune obligation de vérifier la notification en temps utile lorsque le défendeur comparait, même si subsiste le moyen de défense posé par l'article 28(1)(d).

L'article 15(1) de la Convention Notification décrit de façon détaillée comment la signification ou la notification peuvent ou bien être réalisées conformément à la loi nationale de l'Etat requis ou bien résulter d'une transmission effective au défendeur ou à sa demeure selon un autre procédé prévu par cette Convention. Dans les deux cas, la notification et la signification doivent avoir été réalisées en temps utile pour que le défendeur ait pu se défendre. Une attestation de notification est délivrée, en application de l'article 6.

L'article 15(2) de la Convention Notification autorise les Etats contractants à déclarer que, nonobstant les dispositions de l'article 15(1), le juge peut statuer bien qu'aucune attestation constatant la signification ou la notification, ou qu'aucune remise, n'ait été reçue, si certaines conditions sont réunies. La plupart des Etats parties à la Convention notification ont fait cette déclaration.

La Convention Notification a été ratifiée ou a fait l'objet d'une adhésion de la part d'une très large majorité de pays membres de la Conférence. Toutefois, certains Etats, comme l'Argentine, l'Australie, l'Autriche, la Croatie, le Maroc et le Mexique, qui ont participé à la rédaction de l'avant-projet de Convention n'ont pas ratifié ou adhéré à la Convention Notification. Pour les Etats parties à la Convention Notification, le paragraphe 2, s'il est accepté lors de la Session diplomatique, représentera un avantage certain : leurs obligations mutuelles seront à la fois plus claires et plus légères. Pour les autres, la solution d'évidence serait d'accepter la Convention Notification. Même si le paragraphe 2 n'est pas accepté, la Convention Notification pourra prévaloir, dans la mesure où tout dépendra du contenu de l'article 36, qui n'est pas encore rédigé. Cependant, si la Session diplomatique devait décider que c'est l'article 20(1) qui doit prévaloir, une telle solution aura pour effet de poser une règle dérogoratoire à la Convention Notification.

### *Paragraphe 3*

Le paragraphe 3, qui figure lui aussi entre crochets, dispose que le paragraphe premier ne s'applique pas, en cas d'urgence, aux mesures provisoires et conservatoires. Puisque l'efficacité de ces mesures, comme la *Mareva injunction*, dépend largement de leur rapidité et de l'effet de surprise, une telle réserve est essentielle pour conserver son utilité à l'article 13. Une disposition similaire apparaît dans le dernier paragraphe de l'article 15 de la Convention Notification de 1965. L'acceptation d'une telle exception n'empêcherait pas de s'opposer à la reconnaissance ou à l'exécution de mesures prononcées sur requête, en application de l'article 28(1)(d).

### **Article 21 – Litispendance**

L'avant-projet de Convention offre au demandeur un choix entre plusieurs fors. Par exemple, les règles de compétence spécifiques de l'article 6 (contrat) et 10 (délits) poseront des compétences alternatives à la règle de compétence générale de l'article 3. Si le défendeur est une personne morale, il pourra y avoir quatre fors alternatifs, du fait de la définition donnée dans l'article 3(2). Il est évident qu'une telle situation pourra conduire dans certains cas à un véritable conflit entre plusieurs compétences et dans d'autres cas à des situations où le défendeur risque d'être attiré devant un for inapproprié. Les pays de tradition romano-germanique et les pays de *common law* ont chacun développé un mécanisme permettant de régler cette question. Dans les pays de tradition romano-germanique, ce mécanisme est celui de la litispendance, fondé sur une priorité donnée à la première action en justice<sup>132</sup>. Cette solution a l'avantage de la certitude, mais le désavantage de sa rigidité. Elle peut aussi donner lieu à des abus, au cas où un défendeur saisit préventivement un tribunal d'une action déclaratoire destinée à établir qu'il n'a pas d'obligation à l'égard du demandeur. Dans les pays de *common law*, le mécanisme utilisé est celui du *forum non conveniens*, qui privilégie le juge « naturel » ou « plus approprié », qui n'est pas forcément le juge premier saisi. Cette solution a l'avantage de la flexibilité et de l'adaptabilité aux circonstances de chaque espèce, mais elle manque de certitude et de prévisibilité. Inutile de dire que chaque camp regarde avec une certaine méfiance le système qui ne lui est pas familier.

Après de longs débats, la Commission spéciale a adopté une solution de compromis par laquelle sont admises à la fois la litispendance et la possibilité de décliner sa compétence dans certaines circonstances. Toutefois, la disposition sur la litispendance de l'article 21 a été rendue plus flexible, et toute priorité a été refusée aux actions déclaratoires. En contrepartie, le pouvoir de refuser d'exercer sa compétence de l'article 22 est soumis à des conditions strictes, qui soulignent son caractère exceptionnel.

#### *Paragraphe 1*

Pour qu'une situation de litispendance survienne, les conditions suivantes doivent être réunies :

- Il doit y avoir identité de parties, d'objet et de cause. Les termes anglais « *cause of action* » peuvent faire l'objet d'une interprétation stricte, et renvoient à un type spécifique d'action en justice, comme le « *trespass* » ou la « *negligence* ». La version française est toutefois plus large et utilise les termes « la même cause et le même objet », qui ne renvoient pas aux spécificités procédurales de la *common law*, mais à la cause et à l'objet sous-jacents du litige. Ceci est rendu par les termes « quelles que soient les prétentions des parties » (« *irrespective of the relief sought* »). Il en résulte que les termes « *cause of action* » dans le texte anglais doivent faire l'objet d'une interprétation large, comme renvoyant à la question litigieuse, comme par exemple le différend né d'un contrat particulier ou d'un événement particulier, plutôt que la forme particulière dans laquelle est formulée la prétention. Partant, une demande en dommages et intérêts formée par une partie en raison de l'inexécution d'un contrat et une demande de l'autre partie contre la première en nullité du même contrat du fait d'une erreur, sont considérées comme fondées sur la même cause<sup>133</sup>.
- Les procédures concurrentes doivent être diligentées dans des tribunaux d'Etats contractants différents. De toute évidence, un conflit de procédure au sein du

<sup>132</sup> Pour l'histoire de la litispendance en droit français, v. H. GAUDEMET-TALLON, « La litispendance internationale dans la jurisprudence française », *Mélanges D. Holleaux*, 1990, p. 121.

<sup>133</sup> Comp. CJCE, *Gubisch Maschinenfabrik c. Palumbo* (C 144/86), *Recueil des Arrêts*, 1987, 4861.

même Etat sera réglé par l'application de la loi interne de cet Etat. De la même façon, un conflit entre une procédure entamée dans un Etat contractant et une procédure entamée dans un Etat non contractant sera régi par la loi nationale de l'Etat concerné.

- Le tribunal premier saisi, pour être considéré comme prioritaire, doit être compétent en application des chefs de compétence obligatoires du chapitre II. Il n'est pas nécessaire qu'il ait spécifiquement appliqué l'un de ces chefs de compétence : il est possible que l'action ne concerne que des personnes habituellement résidentes dans l'Etat du for, et, par conséquent, n'entre pas dans le champ d'application du chapitre II, mais il reste que la compétence retenue doit être compatible avec les chefs de compétence obligatoires, ce qui sera manifestement le cas lorsque le défendeur est habituellement résident dans l'Etat du for.
- Il faut que la décision que rendra le tribunal premier saisi soit susceptible de reconnaissance en application du chapitre III de la Convention. Par conséquent, cette décision doit entrer dans la définition du « jugement », donnée à l'article 23. Un jugement rendu en application d'un chef de compétence obligatoire a cette qualité en vertu de l'article 25, à la condition qu'il puisse être assorti de l'autorité de chose jugée. Dans cette mesure, aucune situation de litispendance ne peut se présenter lorsque les procédures concernent des demandes, dans différents Etats contractants, de mesures provisoires ou conservatoires au sens de l'article 13. Les décisions rendues sur le fondement de l'article 17 ne sont pas susceptibles d'être reconnues en application du chapitre III, par conséquent, les procédures fondées sur un chef de compétence autorisé par l'article 17 ne peuvent être considérées comme prioritaires. Mais, du fait de l'article 21(4), les procédures diligentées sur le fondement d'une compétence autorisée par l'article 17 doivent s'incliner devant une procédure antérieure fondée sur un chef de compétence conventionnel obligatoire. Si les deux actions sont fondées sur l'article 17, il reviendra au droit national du juge concerné de trancher la question.
- Enfin, le tribunal second saisi ne doit pas être exclusivement compétent au sens des articles 4 ou 12. Si le tribunal second saisi est exclusivement compétent, le tribunal premier saisi est dénué de compétence, et une telle situation risque de se présenter dans le cadre de l'article 11(1), même si cet article n'est pas spécifiquement mentionné.

Une fois que ces conditions sont réunies, le tribunal second saisi est obligé de suspendre sa procédure, même si aucune demande n'est formulée en ce sens. En d'autres termes, si besoin est, le tribunal second saisi doit agir d'office.

### *Paragraphe 2*

Si une situation de litispendance est constituée, le tribunal second saisi est obligé, en première instance, de suspendre sa procédure. Tant que n'est pas présentée devant lui une décision rendue par le tribunal premier saisi qui réunit les conditions nécessaires pour être reconnue ou exécutée en application du chapitre III, le tribunal second saisi ne renonce pas à exercer sa compétence. Partant, la décision doit être un « jugement » au sens de l'article 23, qui remplit les conditions posées par l'article 25. Ces conditions ont été étudiées dans les développements précédents. Il est évident que la décision doit avoir été rendue sur le fond du différend présenté au tribunal second saisi, et entre les mêmes parties.

Si le demandeur ne réussit pas à obtenir du tribunal premier saisi une décision au fond ou si ce tribunal ne rend pas de décision dans un délai raisonnable, le tribunal second saisi peut, en application de l'article 21(3) et à la demande d'une partie, décider de statuer sur le litige. La durée du délai raisonnable n'est pas définie et dépendra de l'évaluation faite par le tribunal second saisi.



### Paragraphe 3

Le simple fait qu'un autre tribunal a été antérieurement saisi ne prive pas le tribunal second saisi de sa compétence. Le tribunal second saisi n'est obligé de se dessaisir qu'une fois que lui est présentée une décision rendue par le tribunal premier saisi réunissant les conditions exigées pour la reconnaissance et l'exécution par le chapitre III. Entre-temps, il sursoit à statuer. Si le demandeur ne prend pas les mesures nécessaires pour obtenir une décision du tribunal premier saisi ou si ce tribunal ne rend pas sa décision dans un délai raisonnable, le tribunal second saisi peut mettre fin au sursis à statuer et trancher au fond.

### Paragraphe 4

Comme il a été déjà expliqué, du fait de l'article 21(4), les procédures diligentées sur le fondement d'une compétence autorisée par l'article 17 doivent céder devant une procédure antérieurement diligentée sur le fondement de l'un des chefs de compétence obligatoire.

### Paragraphe 5

Le paragraphe 5 donne une définition du moment auquel un tribunal est réputé saisi. L'absence d'une telle définition dans le texte d'origine de l'article 21 de la Convention de Bruxelles a conduit à renvoyer cette question au droit national de chaque tribunal saisi<sup>134</sup>. Malheureusement, même au sein de l'Union européenne, ces droits diffèrent : certains considèrent qu'un tribunal est saisi uniquement lorsque l'acte introductif d'instance a été notifié au défendeur ou au moins après que certains actes nécessaires à la notification ont été réalisés ; d'autres considèrent qu'un tribunal est saisi aussitôt que la demande est enregistrée au rôle ou, lorsque la notification est antérieure à l'inscription au rôle, aussitôt que l'acte introductif d'instance a été remis à la personne ou à l'autorité chargée de la signification<sup>135</sup>. La première solution favorise le défendeur à la première procédure, qui peut arriver à lancer préventivement une autre procédure aussitôt qu'il est informé de l'enregistrement de la demande. La seconde solution favorise le demandeur à la première procédure, qui peut ainsi prendre par surprise le défendeur.

La Commission spéciale a décidé de se prononcer en faveur de la seconde solution : un tribunal est réputé saisi lorsque l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent est déposé auprès du tribunal ou, si l'acte doit être signifié ou notifié avant d'être déposé au tribunal, lorsqu'un tel acte est, soit reçu par l'autorité chargée de la signification ou de la notification (comme un « huissier » ou un « *court bailiff* »), soit signifié ou notifié au défendeur.

La disposition relative au « temps universel » comme instrument déterminant d'évaluation de la priorité reste entre crochet et doit faire l'objet d'une décision lors de la Session diplomatique. Il s'agit d'un système de mesure du temps fondé sur le méridien de Greenwich, calculé à partir de 0 heure, ce qui est l'équivalent de minuit GMT.

### Paragraphe 6

Le paragraphe 6 aborde le problème de l'action déclaratoire, par laquelle une partie vise à faire déclarer qu'elle n'a pas d'obligation à l'égard de l'autre partie au litige.

<sup>134</sup> V. CJCE, *Zelger c. Salanitri*, Recueil des arrêts, 1984, 2397.

<sup>135</sup> V. MOLLER G., « The date upon which a Finnish and a Swedish Court Becomes Seised for the Purposes of the European Judgments Convention », in *E Pluribus Unum : Liber Amicorum Georges A.L. Droz*, 1996, p. 219-233.

Bien qu'un tel type de procédure existe à la fois dans les pays de tradition romano-germanique et dans les pays de *common law* et serve parfois des intérêts tout à fait légitimes, il n'en demeure pas moins qu'il est établi que ce type de procédure a parfois été utilisé par des défendeurs éventuels dans le but d'empêcher le demandeur éventuel de choisir le tribunal. Du fait de la rédaction du paragraphe 1, une procédure de ce type intentée en premier prévaudrait sur une action postérieure diligentée devant le tribunal d'un autre Etat contractant et visant à obtenir une condamnation au fond<sup>136</sup>. La Commission spéciale a souhaité éviter une telle conséquence.

Au cas où la première action est une action déclaratoire et l'action subséquente une action visant à obtenir réparation au fond, la solution imposée par les paragraphes 1 à 5 est renversée. Il revient au tribunal premier saisi de suspendre sa procédure à la demande d'une partie, s'il est à prévoir que le tribunal second saisi rendra une décision susceptible d'être reconnue en application du chapitre III de la Convention. Si aucune demande de suspension de la procédure n'est présentée devant le tribunal premier saisi, ou si le tribunal second saisi est compétent sur le fondement de son droit national, dans la mesure autorisée par l'article 17, les deux procédures peuvent continuer, dans la mesure où l'obligation pesant sur le tribunal second saisi de se dessaisir a été écartée par la lettre a).

#### *Paragraphe 7*

Le paragraphe 7 dispose que le tribunal premier saisi peut, à la demande d'une partie, décliner sa compétence en faveur du tribunal second saisi, s'il détermine que ce dernier est clairement plus approprié pour statuer sur le litige. Bien que le paragraphe commence par les termes « cet article ne s'applique pas », c'est bien en application de ce paragraphe et non de l'article 22 que la compétence peut être déclinée dans cette situation. A cette fin, les derniers mots du paragraphe 7 renvoient aux conditions pertinentes de l'article 22, en particulier aux paragraphes 2 et 3 de l'article 22. Il y a toutefois, une omission qui n'a peut-être pas été volontaire. L'article 22 ne contient pas de disposition analogue à celle de l'article 21(3) traitant de l'hypothèse où le demandeur n'a pas entrepris les démarches nécessaires pour obtenir une décision au fond ou si ce tribunal ne rend pas de décision dans un délai raisonnable. Le paragraphe 7 exclut l'application de tous les paragraphes de l'article 21, à l'exception du paragraphe 7 lui-même.

Il y a, toutefois, quelques différences entre le champ d'application de l'article 21(7) et celui de l'article 22. En premier lieu, le tribunal premier saisi peut seulement décliner sa compétence en faveur du tribunal second saisi et non en faveur d'un tribunal tiers, même si ce tribunal aurait été encore plus approprié. En second lieu, dans la mesure où une situation de litispendance ne peut se présenter qu'entre les tribunaux de deux Etats contractants, le tribunal second saisi doit appartenir à un Etat contractant. En troisième lieu, dans la mesure où l'article 21 sur la litispendance ne s'applique pas si la compétence du tribunal premier saisi est fondée sur l'application de son droit national dans les conditions de l'article 17, le paragraphe 7 est inapplicable dans cette situation, même si le tribunal premier saisi peut, en application de son droit national, décider de décliner sa compétence. Toutefois, dans la mesure où l'article 21 s'applique à la situation inverse, un tribunal premier saisi dont la compétence est fondée sur l'un des chefs de compétence obligatoires peut décliner sa compétence en faveur d'un tribunal dont la compétence est fondée sur l'article 17.

### **Article 22 – Circonstances exceptionnelles pour refuser d'exercer la compétence**

---

<sup>136</sup> V. CJCE, The Tatry, *Recueil des arrêts*, 1994. I. 5431

Dans plusieurs systèmes juridiques, le tribunal saisi est autorisé à décliner une compétence qu'il pourrait exercer. C'est ce qui est permis, dans les pays de *common law*, par la doctrine dite du *forum non conveniens*, qui ne recouvre toutefois pas la même réalité dans tous les pays<sup>137</sup>. Les pays de tradition romano-germanique, en général, ignorent le mécanisme du *forum non conveniens*. Mais il y a certaines situations dans lesquelles le tribunal d'un pays de tradition romano-germanique pourra, et parfois devra, décliner sa compétence du fait de la faiblesse du lien entre le différend et le tribunal saisi<sup>138</sup>.

L'article 22 dispose que le tribunal d'un Etat contractant peut, dans des circonstances exceptionnelles, refuser d'exercer une compétence obligatoire. Toutefois, ce refus ne peut intervenir si la compétence du juge est fondée sur les articles 4, 7, 8 ou 12. Aucune mention n'est faite de la compétence fondée sur le droit national en application de l'article 17. Une interprétation littérale conduirait à penser que l'article 17, qui se réfère aux « règles de compétence prévues par le droit national », ne s'applique pas aux règles de droit national permettant de décliner la compétence. Selon cette interprétation, un tribunal exerçant sa compétence en application de l'article 17 ne pourrait refuser de l'exercer que dans les conditions posées par l'article 22. Toutefois, on pourrait au contraire estimer que la structure du chapitre II, dévoilée par l'article 21(4), montre que, à moins que les règles de compétence de l'article 17 soient spécifiquement mentionnées, elles restent en dehors des dispositions des articles 21 et 22. Cette question devra être clarifiée lors de la Session diplomatique.

Les dispositions de l'article 22 ne doivent toutefois pas être confondues avec la doctrine du *forum non conveniens*, telle qu'elle est utilisée dans les pays de *common law*. L'article 22 est une disposition par laquelle le for peut refuser d'exercer sa compétence, en lui préférant celle du tribunal d'un autre Etat, mais, à une exception près, seulement si cet autre tribunal se reconnaît effectivement compétent. Il faut aussi remarquer que l'article 22 s'applique à tous les Etats contractants. Des propositions antérieures visant à rendre optionnelle la disposition sur le refus d'exercer sa propre compétence n'ont pas été acceptées par la Commission spéciale.

Toutefois, la Commission spéciale a accepté une proposition permettant à un juge de refuser d'exercer sa compétence en faveur du tribunal d'un Etat non contractant, dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'un Etat contractant.

### *Paragraphe 1*

Ce paragraphe commence par affirmer que le pouvoir de décliner la compétence ne peut être exercé que dans des circonstances exceptionnelles. La règle de principe est en effet que le demandeur a le droit d'être entendu par le tribunal qu'il a lui-même choisi et dont la compétence est obligatoire en application du chapitre II de la Convention. Avant de pouvoir déroger à cette règle de principe, plusieurs conditions doivent être remplies.

En premier lieu, la compétence du tribunal ne peut pas être fondée sur certains chefs de compétence. Si, en application de l'article 4, le tribunal a été choisi comme le tribunal exclusivement compétent par le biais d'une clause attributive de juridiction, il ne peut pas refuser d'exercer sa compétence, comme il le peut actuellement en application du droit de certains Etats<sup>139</sup>. Un tribunal saisi sur le fondement des chefs de compétence de protection des articles 7 et 8 ne peut pas non plus refuser d'exercer sa compétence. Enfin, les compétences exclusives de l'article 12, du fait des intérêts publics qu'elles protègent, ne peuvent pas être déclinées. Bien que l'article 5 ne soit pas spécifiquement mentionné, pour des raisons pratiques, un tribunal qui est

<sup>137</sup> V. FAWCETT J.J., *Declining Jurisdiction in Private International Law*, OUP 1995, p. 14-16.

<sup>138</sup> Pour une vue d'ensemble, v. FAWCETT J.J., *op.cit.*, spécialement p. 24-27.

<sup>139</sup> V. FAWCETT, *op. cit.*, pp. 57-58.

compétent en vertu de l'article 5, du fait de la comparution du défendeur qui n'a pas contesté la compétence, doit lui aussi accepter sa compétence dans la mesure où, par définition, au moment où le tribunal devient compétent en application de l'article 5, le délai pour demander au tribunal de décliner sa compétence est écoulé. Aucune référence n'est faite à la compétence exclusive de l'article 11(1) en matière de trusts. Il est donc possible pour le tribunal désigné de refuser d'exercer sa compétence au profit des tribunaux de l'Etat dans lequel le trust est administré.

En second lieu, il revient aux parties à la procédure, c'est-à-dire presque toujours au défendeur, de demander au tribunal saisi de décliner sa compétence. Le tribunal ne peut pas décider d'office de décliner sa propre compétence. La demande doit être faite dans un certain délai : elle ne peut être présentée après la première défense au fond. Sur le sens de cette expression, voir ci-dessus, la discussion menée à propos de l'article 5, paragraphe 2.

En troisième lieu, le tribunal doit être convaincu que, dans les circonstances de la cause :

- 1 il est clairement inapproprié pour ce tribunal d'exercer sa compétence ;
- 2 le tribunal d'un autre Etat est compétent ; et
- 3 ce tribunal est clairement plus approprié pour statuer sur le litige.

Chacune de ces trois conditions doit être remplie. La Convention ne traite pas de la question de la charge de la preuve de ces conditions, mais il serait logique qu'il revienne à la partie demandant au tribunal de décliner sa compétence de justifier les raisons d'une telle solution. Les trois conditions doivent aussi être étudiées séparément. Ainsi, le fait qu'un autre for est peut être « clairement plus approprié » n'implique pas nécessairement que le tribunal saisi est « clairement inapproprié ». On peut prendre comme exemple l'hypothèse d'un demandeur qui veut poursuivre une personne morale au lieu de son administration centrale en raison de dommages subis alors qu'il était employé par cette personne morale dans un autre pays, dans lequel il était résident et où il a été embauché. Il se peut que les tribunaux de ce second Etat soient « clairement plus appropriés », mais, si la plupart des décisions importantes, y compris celles concernant la sécurité des employés lors de l'exécution de leurs obligations, étaient prises au lieu de l'administration centrale, il ne peut être soutenu que les tribunaux de ce lieu sont « clairement inappropriés »<sup>140</sup>. D'un autre côté, si le seul lien de rattachement avec le tribunal saisi est le fait que la société a été enregistrée dans cet Etat, alors que le lieu d'administration centrale ainsi que la résidence des demandeurs et l'objet du litige sont tous fortement liés à un autre pays, il peut être soutenu que le juge saisi est clairement inapproprié et que l'autre juge serait clairement plus approprié<sup>141</sup>. Tout dépendra, dans chaque cas, des circonstances de l'espèce. Enfin, les termes « *may* » et « *peut* » indiquent que le pouvoir est discrétionnaire. Même si toutes les conditions sont remplies, le tribunal premier saisi n'est pas obligé de refuser d'exercer sa compétence.

Le tribunal saisi doit aussi être convaincu que le tribunal d'un autre Etat est effectivement compétent. Cette compétence doit exister non seulement à l'égard des parties, mais aussi relativement à l'objet du litige. Ainsi, il ne pourrait être soutenu que l'autre tribunal est compétent si la requête exercée par le demandeur n'est pas connue du droit local et ne peut pas donner lieu à réparation. Dans la mesure où il n'est pas nécessaire que l'autre Etat soit un Etat contractant, il s'ensuit, *a fortiori*, que l'autre tribunal peut appartenir à un Etat contractant et être compétent en application de son droit national en vertu de l'article 17. Cette interprétation est renforcée par la seconde phrase de l'article 22(4), qui exige que le défendeur dépose une caution si la

<sup>140</sup> L'exemple est tiré de la décision britannique : *Connelly c. RTZ Corp. Plc* [1997] 3 WLR 373.

<sup>141</sup> L'exemple est tiré de la décision britannique : *Re Harrods (Buenos Aires) Ltd* [1992] Ch. 72.

compétence de l'autre tribunal est fondée sur l'article 17. Toutefois, ainsi que l'indique l'article 22(2)(d), la question de la possibilité d'obtenir la reconnaissance et l'exécution de toute décision au fond constitue un facteur de choix important. Pour cette raison il est souhaitable que le for alternatif soit un for obligatoire en vertu du chapitre II, à moins qu'une caution adéquate puisse être obtenue sur le fondement de l'article 22(4). Bien évidemment, il est possible au défendeur de conférer volontairement compétence au for alternatif, ou bien par le biais de l'article 4, ou bien par celui de l'article 5. Cette compétence alternative ne doit pas exister uniquement dans l'abstrait, mais, comme l'indique le paragraphe 5, le tribunal alternatif, s'il est saisi par le demandeur, doit effectivement avoir commencé à exercer sa compétence avant que le tribunal saisi au départ puisse décliner sa compétence. Jusqu'à cette date, le tribunal saisi originairement ne peut que surseoir à statuer.

### *Paragraphe 2*

Ce paragraphe donne la liste des circonstances que le tribunal doit prendre en considération pour déterminer si le for saisi est clairement inapproprié et si le for alternatif est clairement plus approprié. Comme l'indique le terme « notamment », la liste n'est pas exhaustive. D'autres facteurs peuvent être pris en considération, comme la loi qui sera applicable au fond du litige, la possibilité d'avoir recours à l'aide juridictionnelle ou l'étendue des réparations qui peuvent être accordées par chacun des tribunaux. La liste donnée ne doit pas non plus être lue hiérarchiquement. L'importance de chacun des facteurs dépend des circonstances de la cause. Aucun des facteurs ne peut être considéré comme déterminant à lui seul. Bien qu'un tribunal puisse hésiter à refuser d'exercer sa compétence, en faveur d'un tribunal dont le jugement au fond risque de ne pas pouvoir être reconnu, d'autres facteurs peuvent venir contrebalancer cette considération.

#### *Lettre a)*

Cette disposition attire l'attention du tribunal sur les inconvénients qui pourraient résulter pour les parties de sa décision. Il ne s'agit pas uniquement d'une question de distance à parcourir ; l'inconvénient subi par une partie peut aussi résulter de l'absence de familiarité avec le système juridique ou avec la procédure, de la difficulté d'accéder aux services d'un avocat ou de la langue utilisée par l'autre tribunal.

#### *Lettre b)*

Cette disposition attire l'attention du tribunal sur la nature et le lieu de situation des moyens de preuve, y compris les documents et les témoins, ainsi que les procédures pour leur obtention. Quant à ces dernières, on peut relever d'importantes différences entre les systèmes juridiques quant à l'obtention des preuves. Fréquemment, un demandeur saisit un tribunal particulier précisément pour cette raison.

#### *Lettre c)*

Cette disposition attire l'attention du tribunal sur les délais de prescription applicables. Dans la plupart des pays de *common law*, les délais de prescription appartiennent à la catégorie « procédure » et sont donc régis par la loi du for<sup>142</sup>. Il a été affirmé par la Cour Suprême des Etats-Unis qu'un demandeur est en droit de rechercher le tribunal appartenant à l'ordre juridique connaissant les plus longs délais de prescription<sup>143</sup>. Dans la plupart des pays de *common law*, le défendeur peut renoncer à un délai de prescription en acceptant de ne pas l'invoquer. Un tel accord peut aller à l'encontre des objectifs de cette disposition.

#### *Lettre d)*

<sup>142</sup> V. toutefois : *Foreign Limitation Periods Act 1984* (UK).

<sup>143</sup> *Keeton c. Hustler Magazine Inc.* 465 US 770 (1984).

Cette disposition attire l'attention du tribunal sur la possibilité d'obtenir la reconnaissance et l'exécution de toute décision au fond, rendue par lui-même ou par le for alternatif. Dans la plupart des cas, il s'agira de s'interroger sur la question de savoir si les décisions rendues par le for alternatif seront reconnues par le for initialement saisi et vice-versa. Il est clair que la question de savoir si les tribunaux concernés seront susceptibles d'exercer une compétence qui permettra d'obtenir reconnaissance et exécution de la décision en application du chapitre III sera d'une importance particulière. Mais il se peut que dans certaines situations la reconnaissance ou l'exécution de la décision dans des Etats tiers soit prise en considération, par exemple dans un Etat tiers où sont localisés d'importants biens appartenant au défendeur, qui permettront de satisfaire la condamnation du jugement à intervenir<sup>144</sup>. Le tribunal peut, en ordonnant le dépôt d'une caution en application de l'article 22(4), résoudre les éventuels problèmes liés à la reconnaissance.

### *Paragraphe 3*

Ce paragraphe interdit toute discrimination lorsque le tribunal décide de ne pas exercer sa compétence, soit en favorisant la partie résidant sur le territoire du for soit en accordant moins de poids à une partie en raison de sa nationalité étrangère. Une décision qui porterait moins d'attention à la saisine d'un tribunal par un demandeur étranger sur le seul fondement de sa nationalité étrangère serait interdite par cette disposition<sup>145</sup>. La question de savoir si le demandeur est habituellement résident ou a son siège dans un autre Etat contractant ou dans un Etat non contractant n'est pas pertinente. Cette disposition vise à renforcer la règle de principe selon laquelle le demandeur doit pouvoir saisir le tribunal compétent en vertu des règles de la Convention. Il n'y a aucune incompatibilité entre cette disposition et l'éventuel inconvénient lié à la résidence dont le juge doit tenir compte en application de l'article 22(2)(a). Le paragraphe 3 interdit toute discrimination à l'encontre d'une partie sous le prétexte qu'elle réside à l'étranger. La lettre a) du paragraphe 2 demande qu'une certaine attention soit portée aux éventuels inconvénients qui peuvent être subis par une partie du fait de sa résidence. Pour autant que tous les inconvénients sont pris en considération et qu'une partie n'est pas favorisée du simple fait qu'elle réside sur le territoire du for, aucun problème de discrimination ne peut être soulevé.

### *Paragraphe 4*

Ce paragraphe permet au tribunal originellement saisi d'ordonner au défendeur de verser une caution suffisante pour satisfaire à toute décision au fond de l'autre tribunal. Lorsque le for alternatif est le tribunal d'un autre Etat contractant, compétent sur le fondement de l'un des chefs de compétence obligatoire du chapitre II, la disposition est simplement discrétionnaire ; le tribunal originellement saisi n'a aucune obligation d'ordonner le versement d'une telle caution. Comme on l'a déjà remarqué, une telle décision peut être particulièrement justifiée lorsqu'il n'est pas certain que la décision à intervenir par l'autre tribunal soit susceptible de reconnaissance et d'exécution, ou que le défendeur utilise le délai, dû à la suspension de procédure et à la mise en place d'une nouvelle procédure, pour dilapider ses biens.

Lorsque la compétence de l'autre tribunal est fondée sur l'article 17, le tribunal saisi de la demande originale doit ordonner le versement d'une caution s'il décide de suspendre la procédure en application du paragraphe 1, à moins que le défendeur n'établisse que des biens suffisants sont localisés dans l'Etat dans lequel se trouve l'autre tribunal ou dans un autre Etat dans lequel la décision rendue par ce tribunal est susceptible d'être reconnue. Cette dernière disposition conduit à certaines interrogations.

---

<sup>144</sup> V. par exemple la décision australienne *Henry c. Henry* (1996) 185 CLR 571, qui portait sur un litige concernant une propriété familiale et où les fors alternatifs étaient l'Australie et Monaco, mais où la plupart des biens étaient situés en Suisse.

<sup>145</sup> Comparer, par contraste : *Piper Aircraft Co v. Reyno* 454 US 235 (1981).

En premier lieu, aucune disposition ne concerne l'hypothèse où l'autre tribunal est situé dans un Etat non contractant. La compétence fondée sur l'article 17 ne concerne que les Etats contractants. A première vue, au cas où l'autre tribunal est situé sur le territoire d'un Etat non contractant, le pouvoir d'ordonner le versement d'une caution est discrétionnaire, ce qui ne semble guère logique.

En deuxième lieu, l'existence de biens suffisamment importants situés sur le territoire de l'Etat de l'autre tribunal au moment de la suspension de la procédure ne constitue pas une garantie que ces biens seront toujours là lorsque le jugement sera rendu. A première vue, même s'il est démontré que ces biens existent réellement, le tribunal saisi de la demande originaire peut toujours ordonner le versement d'une caution ; seule l'obligation de prononcer une telle décision disparaît.

Enfin, la question de l'exécution dans un autre Etat, qui peut être tant un Etat contractant qu'un Etat non contractant, dépendra du droit national de cet Etat tiers et non des règles de la Convention. Ceci peut être difficile à établir.

#### *Paragraphe 5*

Comme on l'a déjà remarqué, le tribunal saisi de la demande originaire ne peut pas se dessaisir, à moins que l'autre tribunal ne commence effectivement à exercer sa compétence envers les parties et sur le fond du litige. La seule exception est mise en œuvre lorsque le demandeur n'entame pas la procédure dans l'autre Etat, dans le délai déterminé par le tribunal saisi de la demande originaire. Dans ce cas seulement, et dans le but de sanctionner les manœuvres du demandeur, que le tribunal saisi de la demande originaire peut se dessaisir sans que la procédure dans l'autre Etat ait effectivement débuté.

Il appartient au demandeur d'intenter l'action devant l'autre tribunal. La Convention n'impose aucune obligation de communication mutuelle entre les tribunaux, même si, lorsque le droit national ou la pratique l'autorise, rien n'interdit non plus une telle communication. Le seul dépôt d'un acte introductif d'instance n'est pas suffisant ; le tribunal saisi de la demande originaire doit pouvoir déterminer si l'autre tribunal a ou non décidé d'exercer sa compétence, avant qu'il puisse se dessaisir de la procédure dont il est saisi.

Si l'autre tribunal décide de ne pas exercer sa compétence, le tribunal saisi de la demande originaire est obligé de mettre fin au sursis à statuer et doit de nouveau se saisir du litige. Le terme « renonce » implique une décision consciente. Si l'autre tribunal simplement néglige de mettre en œuvre la procédure, et qu'une longue période d'inaction s'ensuit, on peut en inférer que l'autre tribunal a renoncé à exercer sa compétence.

### **CHAPITRE III – RECONNAISSANCE ET EXECUTION**

#### ***Article 23 – Définition du terme « jugement »***

L'article 23, lu en même temps que les dispositions du chapitre I, définit le champ d'application du chapitre III. Il s'applique à toutes les décisions rendues par un tribunal, quelle que soit la dénomination qui lui est donnée dans le système juridique ou dans la pratique de l'Etat d'origine. Plusieurs conséquences en découlent.

#### *Lettre a)*

En premier lieu, le chapitre III s'applique à des décisions de toute sorte: injonctions de payer<sup>146</sup> ; injonctions de transférer la propriété d'un bien ou de livrer ce bien ; décisions portant sur la conduite des parties ou décisions fixant les droits et

---

<sup>146</sup> Une proposition visant à distinguer l'exécution des jugements portant sur une somme d'argent et l'exécution des autres jugements a été rejetée à une forte majorité par la Commission spéciale.

obligations des parties, y compris les décisions déclaratoires. La décision peut être gracieuse ou contentieuse. Elle peut avoir été rendue après une procédure contradictoire ou par défaut. Toutefois, les décisions doivent porter sur des questions qui entrent dans le champ d'application de la Convention, tel que défini dans l'article premier. Ainsi, les décisions de divorce ou les sentences arbitrales sont exclues. Du fait de la disposition spécifique contenue dans la lettre *b*), les mesures provisoires et conservatoires doivent être exclues de la définition de la lettre *a*). D'autres décisions avant-dire-droit de nature procédurale, comme des décisions relatives à la recherche ou à l'admissibilité de preuves<sup>147</sup> sont aussi exclues de la définition du terme «jugement». La reconnaissance des transactions homologuées par un tribunal n'ayant pas l'effet d'une décision judiciaire font l'objet d'un traitement séparé dans l'article 36.

En second lieu, la décision doit avoir été rendue par un tribunal. Celui-ci peut être défini comme une autorité exerçant habituellement une activité juridictionnelle<sup>148</sup>. Cette définition exclut les organes de nature administrative ou de tout autre nature non juridictionnelle, qui peuvent avoir le pouvoir de prendre des décisions qui lient les parties qu'elles visent et peuvent parfois, en application de la loi de certains pays, être exécutées comme des jugements. Toutefois, il n'existe aucune restriction relative au type ou au degré hiérarchique du tribunal en cause. La définition inclut par conséquent la décision prise par un tribunal pénal accordant des dommages et intérêts du fait de l'action civile exercée par la victime ou par ceux agissant en son nom. Il n'est pas nécessaire que la décision soit rendue par un juge. A partir du moment où la personne qui prend la décision en a le pouvoir, au nom du tribunal, il importe peu qu'il ou elle soit un juge ou un greffier.

Une disposition spécifique concerne la fixation des frais du procès. Les termes « ainsi que la fixation par le greffier du montant des frais du procès » concernent la situation où, du fait de l'organisation judiciaire, il revient à un greffier de déterminer à la fois le principe du paiement des frais de justice et leur montant. Cette décision peut être séparée de la décision portant sur le fond du litige principal<sup>149</sup>. Ces termes servent à étendre, et non à réduire. Il n'empêchent pas la reconnaissance de décisions portant sur les frais du procès rendues par le tribunal lui-même, ou celle d'autres décisions rendues par des officiers judiciaires, à condition que ces décisions aient le statut de décisions rendues par le tribunal<sup>150</sup>. Une limite a été prévue pour restreindre la reconnaissance des décisions portant sur les frais du procès à celles liées aux jugements susceptibles d'être reconnus ou exécutés en application de la Convention. Malgré certaines hésitations exprimées par la Commission spéciale, un jugement qui déboute simplement le demandeur de sa demande est bien un jugement, susceptible de reconnaissance (mais non d'exécution) en application de la Convention.

En troisième lieu, la décision doit avoir été rendue par le tribunal d'un Etat contractant. Cette solution est dictée par l'article 2(2). Ceci veut dire tout d'abord que le tribunal doit être établi par un Etat contractant, ou sous ses auspices. Les tribunaux privés sont exclus du champ d'application du chapitre III. Sont aussi exclus les tribunaux des Etats non contractants : la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues par ces tribunaux dans un Etat contractant sont régies par son droit commun.

#### *Lettre b)*

<sup>147</sup> V. la *Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale*.

<sup>148</sup> Cette définition a été reprise du rapport de CH. FRAGISTAS sur la Convention de 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements, article 2, *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966), Exécution des jugements*, p. 365.

<sup>149</sup> En fonction de la rédaction qui sera retenue de l'article 37 (rapport avec d'autres conventions), il est possible qu'entre les Etats parties à la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice*, les dispositions contenues dans les articles 15, 16 et 17 de cette Convention soient invoquées comme méthode alternative permettant de faire exécuter les décisions relatives aux frais du procès.

<sup>150</sup> V. FRAGISTAS, *op. cit.*, p. 366.



Une disposition spécifique est adoptée dans la lettre *b*) concernant les mesures provisoires et conservatoires. Cette disposition est le reflet de la décision de la Commission spéciale d'autoriser la reconnaissance et l'exécution extraterritoriale en application de la Convention des mesures provisoires et conservatoires ordonnées par un tribunal compétent au fond en vertu de la Convention, tout en refusant la reconnaissance et l'exécution aux mesures ordonnées par un tribunal qui n'est pas compétent. Par conséquent, la lettre *b*) doit être lue non seulement en ce qu'elle inclut explicitement les mesures provisoires et conservatoires conformes à l'article 13(1), mais aussi en ce qu'elle exclut les mesures prises en application des paragraphes 2 et (3) de l'article 13, même si ce second paragraphe prévoit lui-même sa propre limitation territoriale. Par ailleurs, il faut se souvenir, que les mesures provisoires et conservatoires, qui entrent dans la définition du terme « jugement » à l'article 23(*b*), doivent aussi réunir les conditions posées dans les dispositions suivantes, notamment celles des articles 25(2) et 28(1)(*c*) et (*d*), avant qu'elles ne puissent faire l'objet d'une décision de reconnaissance ou d'exécution.

### ***Article 24 – Jugements exclus du chapitre III***

Cette disposition vise à exclure l'application du chapitre concernant la reconnaissance et l'exécution aux jugements rendus par un tribunal dont la compétence n'était établie qu'en vertu de son droit commun. Il en ressort qu'aucune obligation de reconnaissance ou de non reconnaissance n'existe pour les Etats contractants aux termes de la Convention. Par conséquent, chaque Etat contractant demeure libre de reconnaître ou de ne pas reconnaître ces jugements, selon les dispositions de son propre droit commun. La Convention ne peut non plus être interprétée comme une autorisation conventionnelle nécessaire pour la reconnaissance ou l'exécution des jugements étrangers rendus sur la base d'une compétence établie seulement en vertu du droit commun lorsqu'un traité est requis à cet effet par le droit national de l'Etat requis.

Il y a lieu de remarquer que l'exclusion du chapitre III ne joue que lorsque la compétence de droit commun appliquée est conforme aux prescriptions de l'article 17 et correspond à la marge de liberté conférée par cet article aux Etats contractants. En particulier, cette compétence ne doit pas être contraire aux dispositions réservées par l'article 17, ou être interdite en vertu de l'article 18, lorsque le défendeur réside habituellement dans un Etat contractant. La violation de l'article 17 empêcherait le jugement d'être classé parmi ceux qui sont exclus du chapitre III, et conduirait à son inclusion. Cela impliquerait l'application de l'article 26 qui impose dans ce cas aux Etats contractants une obligation de non-reconnaissance et de non-exécution.

### ***Article 25 – Jugements reconnus ou exécutés***

#### ***Paragraphe 1***

En vertu du chapitre III, un seul type de compétence permet la reconnaissance ou l'exécution en application de la Convention. Il s'agit des chefs de compétence ouverts par les articles 3 à 13 du chapitre II et des chefs de compétence dérivés des articles 14, 15 et 16. La compétence doit être spécifiquement fondée sur ces règles ou être compatible avec ces chefs de compétence, comme dans le cas d'un procès purement interne à l'origine, ayant lieu entre des parties qui sont toutes habituellement résidentes dans le même Etat, et dont le jugement est soumis à la reconnaissance dans un autre Etat contractant. Ces exigences seront toujours respectées si le défendeur réside habituellement sur le territoire de l'Etat dans lequel le jugement a été rendu, même si la compétence retenue l'a été sur un autre fondement. Un jugement, tel que défini à l'article 23, fondé sur une telle règle de compétence ou compatible avec ces règles de compétence, est susceptible d'être reconnu ou exécuté

en application de l'article 25, à condition qu'il respecte les conditions posées par les paragraphes 2 et 3, portant respectivement sur la reconnaissance et l'exécution, et qu'il ne soit pas contraire aux articles 4, 5, 7, 8 ou 12. Il faudra par ailleurs tenir compte de la faculté de refuser la reconnaissance et l'exécution dans les conditions posées à l'article 28. Les jugements qui sont rendus sur le fondement d'une compétence prohibée de l'article 18 ne seront ni reconnus ni exécutés (article 26) ; la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus sur la base d'une compétence fondée sur le droit commun, en application de l'article 17 sont exclues du chapitre III par l'article 24.

La reconnaissance et l'exécution font l'objet de dispositions séparées, et sont respectivement abordées dans les paragraphes 2 et 3 de l'article 25. Leur fonction est différente. La reconnaissance est accordée à un jugement « lorsque lui est conféré le même effet que celui qui est le sien dans le pays dans lequel il a été rendu, quant aux parties, à la question litigieuse et aux solutions mises en œuvre »<sup>151</sup>. L'effet le plus visible apparaît lorsqu'un jugement étranger est invoqué pour empêcher une partie de recommencer une nouvelle action entre les mêmes plaideurs, ayant le même objet et la même cause, ou pour empêcher cette partie de recommencer une procédure sur une question de fait ou de droit qui a été tranchée au cours de la procédure étrangère, même si l'objet ou la cause de ce litige tranché à l'étranger étaient différents<sup>152</sup>. L'exécution est accordée lorsqu'une partie au jugement obtient la mise en œuvre effective de la réparation qui lui a été accordée par le jugement<sup>153</sup>. Dans certains systèmes juridiques, la reconnaissance est un préalable nécessaire à l'exécution. Toutefois, en application de l'article 25, la reconnaissance et l'exécution sont des notions séparées et indépendantes. Il va de soi que certains jugements qui sont purement déclaratoires ne peuvent être que reconnus. De même, comme on le verra, il est possible que certains jugements non susceptibles d'être reconnus soient susceptibles d'être exécutés.

En général, les conditions pour la reconnaissance et pour l'exécution sont identiques. A l'une et l'autre s'appliquent les conditions posées par les articles 26, 27 et 28. En pratique, l'effet des exigences posées par les paragraphes 2 et 3 de l'article 25 sera identique dans la plupart des cas : l'autorité de chose jugée et le caractère exécutoire seront obtenus en même temps. Mais, dans certains cas, il est possible qu'en application de la loi du pays d'origine, un jugement soit revêtu de l'autorité de chose jugée sans être exécutoire. De la même façon, cette loi peut décider qu'un jugement est exécutoire mais n'est pas revêtu de l'autorité de chose jugée<sup>154</sup>.

Finalement, comme le professeur Fragistas le faisait remarquer à propos de la Convention Jugements de 1971, on peut relever l'existence d'un principe général, qui sous-tend aussi l'avant-projet de Convention, selon lequel une décision ne peut pas acquérir un effet plus important que celui qu'elle a dans son pays d'origine. Ce qui implique que la décision doit exister et être valable dans l'ordre juridique du pays d'origine<sup>155</sup>.

### *Paragraphe 2 - Reconnaissance*

Un jugement est susceptible d'être reconnu s'il bénéficie de l'autorité de chose jugée dans son pays d'origine. Les termes « *res judicata* » (pour lesquels on utilise aussi les termes anglais « *final and conclusive* ») ou « autorité de chose jugée »<sup>156</sup> ont un sens

<sup>151</sup> *Restatement (Second) Conflict of Laws*, 1971, Chap. 5, Problème No 2, Note introductive.

<sup>152</sup> *V. Carl Zeiss Stiftung c. Rayner & Keeler Ltd (No 2)* [1967] 1 AC 855, spéc. p. 966.

<sup>153</sup> *Restatement (Second) Conflict of Laws*, 1971, Chap. 5, Problème No 2, Note introductive.

<sup>154</sup> Pour des exemples, *v. FRAGISTAS, op. cit.* § 5 II, p. 370.

<sup>155</sup> FRAGISTAS, *Rapport, op. cit.*, p. 371 § 6 I.

<sup>156</sup> En allemand, « *Materielle Rechtskraft* » ; en néerlandais, « *gezag van gewijsde* ». Ceci doit être distingué de la « force de chose jugée », « *formelle Rechtskraft* », « *kracht van gewijsde* » qui désigne la situation où une décision ne peut plus être remise en cause.

similaire dans les pays de *common law* et dans les pays de tradition romano-germanique. Ils visent le mécanisme par lequel un jugement définitif rendu entre les mêmes parties sur les mêmes questions empêche que la question soit à nouveau soulevée entre ces parties<sup>157</sup>. Une décision qui n'est pas définitive, mais provisoire, comme par exemple la plupart, sinon toutes, les décisions provisoires ou conservatoires, ne bénéficie pas de l'autorité de la chose jugée<sup>158</sup>. Un jugement par défaut est, dans la plupart des systèmes juridiques, susceptible de bénéficier de l'autorité de chose jugée.

Toutefois, aucune uniformité n'existe sur la question de la date à laquelle un jugement acquiert la « *res judicata* » ou autorité de chose jugée. Dans les pays de *common law*, l'autorité de chose jugée est accordée lorsqu'est rendu sur le litige opposant les parties un jugement définitif, non susceptible d'être modifié par le même tribunal au cours d'une procédure ordinaire<sup>159</sup>, même si la décision est susceptible d'être frappée d'appel ou fait effectivement l'objet d'une procédure d'appel. Un tribunal anglais ou américain appliquera cette définition non seulement à ses propres jugements, mais encore aux jugements étrangers, quel que soit l'effet que peuvent avoir ces jugements en application du droit de leur pays d'origine<sup>160</sup>. En revanche, de nombreux pays de tradition romano-germanique, voire la plupart, considèrent qu'un jugement ne bénéficie pas de « *res judicata* » ou autorité de la chose jugée avant que la décision ne puisse plus faire l'objet d'un recours ordinaire<sup>161</sup>.

Geimer écrit sur ce point :

L'Etat d'origine détermine seul le moment où une décision de cet Etat acquiert l'autorité de chose jugée (*materielle Rechtskraftwirkung*). La plupart des lois relatives à la procédure contiennent une règle proche du § 705 de la loi allemande sur la procédure civile, par lequel la décision n'acquiert l'autorité de chose jugée qu'après avoir acquis la « *formelle Rechtskraft* », c'est-à-dire, après qu'elle ne peut plus être contestée par le biais de recours ordinaires. La France et les systèmes anglo-américains de *common law* ont sur ce point une approche différente. En France, le jugement acquiert l'autorité de chose jugée aussitôt qu'il est rendu. Cet effet est toutefois suspendu dès qu'un recours ordinaire est engagé. Ce n'est que quand la décision ne peut plus être modifiée qu'elle acquiert le plein effet de l'autorité de la chose jugée (force de chose jugée). Cette distinction est particulièrement importante pour l'application de la règle relative à la litispendance. L'exception de litispendance est, en droit français, applicable uniquement avant qu'une décision ne soit rendue, soit avant le jugement de première instance. Si un jugement a déjà été rendu, l'autorité de la chose jugée attachée à ce jugement pourra être invoquée contre une nouvelle procédure sur le même objet<sup>162</sup>.

La Commission spéciale n'a pas accepté la solution adoptée dans l'article 4(2) de la Convention Jugements de 1971, qui exige que la décision étrangère « ne [puisse] plus faire l'objet d'un recours ordinaire dans l'Etat d'origine » avant de pouvoir être

<sup>157</sup> V. la définition de « *res judicata* » dans BURKE (dir.), *Jowitt's dictionary of English Law*, 2<sup>ème</sup> édition ; comp. « Autorité de la chose jugée », *Vocabulaire juridique Capitant*, 6<sup>ème</sup> édition, 1996.

<sup>158</sup> V. NCP (France), article 488. Dans l'affaire *Nouvion c. Freeman* (1889) 15 App. Cas. 1, la Chambre des Lords a refusé la reconnaissance d'une décision espagnole qui n'était que provisoire et pouvait, au moins en théorie, être modifiée lors de la procédure au principal.

<sup>159</sup> Ceci n'exclut pas la réformation des jugements liée à des circonstances exceptionnelles, par exemple pour des motifs extrinsèques comme la fraude ou l'absence de procès équitable.

<sup>160</sup> *Nouvion c. Freeman* (1889) 15 App. Cas. 1 ; *Uniform Foreign Money-Judgment Act* 1962 (US) § 2.

<sup>161</sup> La définition des recours "ordinaire" dépend du droit de chaque Etat. Ces recours peuvent englober les procédures d'appel auprès du tribunal immédiatement supérieur exclusivement, ou au contraire viser aussi les procédures d'appel auprès de la plus haute Cour du pays : v. H. J. SNIJDERS (dir.), *Toegang tot Buitenlands Burgerlijk Procesrecht*, 2de druk 1995, *passim*.

<sup>162</sup> GEIMER, *Internationales Zivilprozeßrecht*, 3<sup>e</sup> Auflage, 1997, p. 701, Rz 2804 (traduction française établie à partir de la traduction anglaise P. Nygh). V. aussi, pour les dispositions similaires du droit néerlandais : *Burgerlijke Rechtsvordering*, Kluwer Annotated Commentary, Art. 67, note 4 (W.D.H. Asser).

reconnue. Elle n'a pas non plus accepté une proposition visant à considérer qu'un jugement est définitif « même si une procédure d'appel ou toute autre forme de recours est pendant ou encore susceptible d'être mis en œuvre ». Partant, toute possibilité d'adopter une solution uniforme a été écartée.

Au cours de la seconde lecture de l'avant-projet de Convention, une proposition a été émise, visant à modifier les conditions du paragraphe 2, pour faire en sorte que le jugement soit définitif dans son pays d'origine. Le problème était que l'utilisation des termes « *final* » en anglais et « décision définitive » en français ne contribuait pas à la clarification de ce texte. L'article 25(b) de la Loi suisse de droit international privé de 1987 utilise les termes : « la décision n'est pas susceptible de recours ou si elle est définitive » (« *endgültig* » en allemand). L'un des commentaires sur cette disposition explique qu'en principe, le terme « *endgültig* » suppose que la décision ait acquis l'autorité de chose jugée, mais que la disposition de la loi suisse était néanmoins plus large et visait à inclure des décisions comme les décisions, en droit de la famille, portant sur la garde, qui sont révisables par nature<sup>163</sup>. En anglais, l'utilisation du terme « *final* » conduirait au même type d'ambiguïté : le terme peut être utilisé simplement pour distinguer une décision sur le fond du litige, par opposition à une décision provisoire ou avant-dire-droit, ou peut être compris comme visant véritablement les décisions définitives et non susceptibles de modification (« *final and conclusive* »).

La disposition du paragraphe 2 laisse au droit de l'Etat d'origine le soin de déterminer le moment auquel une décision acquiert l'autorité de chose jugée. Conformément à l'article 29(1)(c), il revient au demandeur à la reconnaissance du jugement de fournir tout document sur le statut du jugement dans l'Etat d'origine. Par conséquent, un tribunal des Etats-Unis ne peut pas reconnaître une décision allemande avant que cette décision ne soit plus susceptible de recours ordinaire conformément au droit allemand. A l'inverse, un tribunal allemand doit reconnaître une décision anglaise qui est définitive (« *conclusive* ») en droit anglais, même si cette décision est encore susceptible de faire l'objet d'un recours ordinaire. Dans ce dernier cas, le tribunal allemand peut toutefois différer la reconnaissance ou l'exécution de la décision, en application de l'article 25, paragraphe 4. En revanche, ce que ne peut faire aucun de ces tribunaux, c'est appliquer ses propres critères pour considérer qu'un jugement rendu par l'autre tribunal est définitif (« *conclusive* ») ou bénéficie de l'autorité de chose jugée. De cette façon, on parvient à un résultat satisfaisant, par lequel un jugement étranger ne peut produire plus d'effet dans le pays d'accueil qu'il n'en a dans son pays d'origine en application de son propre droit.

### *Paragraphe 3 – Exécution*

La première question est celle de savoir si la reconnaissance du jugement par application du paragraphe 2 est un préalable nécessaire à l'exécution. Une proposition qui rendait explicite le fait qu'une reconnaissance préalable est nécessaire pour l'exécution, comme c'est le cas dans la plupart des pays de *common law*, n'a pas été acceptée par la Commission spéciale. Dans l'article 4 de la Convention Jugements de 1971, l'exigence du caractère exécutoire est posée « en outre », c'est-à-dire en plus des conditions de reconnaissance. C'est aussi le cas dans de nombreux systèmes juridiques, de tradition romano-germanique comme de *common law*<sup>164</sup>. Néanmoins, il ne serait pas inconcevable de bâtir un système dans lequel les jugements étrangers seraient susceptibles d'être exécutés, même s'ils sont dépourvus d'autorité de chose jugée<sup>165</sup>. L'article 31 de la Convention de Bruxelles n'exige pas que le jugement dont

<sup>163</sup> IPRG Kommentar, Art. 25 III (Volken) nn. 20-22.

<sup>164</sup> *Restatement (Second) Conflict of laws*, 1971, Problème No 2, Note introductive. *Loi suisse de droit international privé de 1987*, art. 28. Pour le droit allemand, v. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 3<sup>ème</sup> édition, § 60 II.3.

<sup>165</sup> KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 3<sup>ème</sup> édition, § 60 II.3.

l'exécution est recherchée soit revêtu de l'autorité de chose jugée, mais se contente d'exiger qu'il soit exécutoire<sup>166</sup>.

Il est bien sûr possible qu'un jugement soit exécutoire sans pour autant bénéficier de l'autorité de chose jugée dans le système juridique du pays dans lequel il a été rendu. On a déjà mentionné les mesures provisoires et conservatoires, et on peut dire la même chose d'autres décisions avant-dire-droit, qui ne seront pas intégrées à la décision définitive rendue au fond. Plus encore, il est possible dans les pays de tradition romano-germanique qu'un tribunal accorde l'exécution provisoire, en tout ou partie, alors même que les voies de recours ordinaires n'ont pas été épuisées<sup>167</sup>.

Structurellement, l'article 25 envisage de façon indépendante les conditions de reconnaissance et d'exécution. Cette approche est révélée par l'usage de la conjonction de coordination « ou » plutôt que « et », et par le fait que les deux questions font l'objet de dispositions distinctes dans les paragraphes 2 et 3, concernant respectivement la reconnaissance et l'exécution. Toute autre interprétation viderait largement de leur sens les dispositions des articles 13(1) et 23(b), dans la mesure où la plupart des mesures provisoires, sinon toutes, ne bénéficient pas de l'autorité de chose jugée. Une autre interprétation empêcherait aussi l'exécution de décisions étrangères qui bénéficient dans leur Etat d'origine de l'exécution provisoire. La question de savoir si un jugement est exécutoire dans l'Etat d'origine est régie, elle aussi, par la loi de l'Etat d'origine. Conformément à l'article 29(1)(c), la partie demanderesse à l'exécution doit fournir tout document relatif au statut du jugement dans son pays d'origine. Dans les pays de *common law*, le jugement sera en général considéré comme exécutoire aussitôt après avoir été rendu, même si un appel est formé, à moins qu'une suspension d'exécution soit obtenue. Dans les pays de tradition romano-germanique, c'est la solution inverse qui prévaut. Toutefois, en pratique, la décision de suspendre l'exécution ou d'accorder l'exécution provisoire est en général rendue sur la base des mêmes critères, qui visent à tenir compte à la fois des chances de succès de la procédure d'appel et de la bonne foi de l'appelant.

Manifestement, exiger que la reconnaissance soit un préalable à l'exécution constituerait une protection pour la partie condamnée par le jugement, qui sera assurée qu'aucune exécution ne sera mise en œuvre avant que le jugement ne devienne non susceptible de la moindre modification. D'un autre côté, la solution désavantage celui qui a obtenu la décision de condamnation qui non seulement doit patienter, mais encore peut être désavantagé par l'exercice de recours purement dilatoires visant uniquement à retarder l'exécution. Cette situation est prise en compte dans les pays de tradition romano-germanique, qui acceptent d'accorder l'exécution provisoire dans certaines situations, même avant épuisement des possibilités de recours ordinaires. S'il est estimé qu'il est nécessaire de faire de la reconnaissance un préalable à l'exécution, il serait souhaitable d'envisager la possibilité de permettre l'exécution de certaines décisions provisoires ou bénéficiant de l'exécution provisoire, malgré l'absence d'autorité de chose jugée<sup>168</sup>.

#### *Charge de la preuve*

Dans la mesure où les conditions posées par l'article 25 sont par essence des conditions préalables à la reconnaissance ou à l'exécution, il revient à la partie qui entend se prévaloir du jugement de prouver que ces conditions sont bien remplies. Cette solution est encore renforcée par la disposition de l'article 29(1)(c).

<sup>166</sup> V. le rapport Jenard, *JOCE* C 59, 5.3.79, p. 43.

<sup>167</sup> V. l'article 514 du NCPC français (exécution provisoire de droit des ordonnances de référé) et article 515 (exécution provisoire autorisée par le tribunal dans les autres cas).

<sup>168</sup> Pour un exemple, voir l'article 4 de la Convention sur l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires de 1973.

### ***Article 26 – Jugements qui ne peuvent être reconnus ou exécutés***

Cet article impose aux Etats contractants de ne pas reconnaître ni exécuter le jugement rendu par un tribunal qui a fondé sa compétence sur un rattachement non conforme aux dispositions conventionnelles sur l'élection de for, sur la protection de la partie faible, ou en violation des compétences exclusives, ou encore sur une compétence interdite en vertu de l'article 18. La disposition représente la conséquence naturelle du défaut de respect des règles obligatoires de compétence prévues par la Convention, ainsi que des restrictions à la marge de liberté laissée aux Etats contractants d'adopter, dans leur droit commun, d'autres compétences à côté de celles admises par la Convention.

L'obligation de ne pas reconnaître ni d'exécuter certains jugements, lorsqu'ils sont fondés sur des compétences non conformes aux principes établis dans la Convention, est d'importance capitale dans le contexte d'une Convention qui, tout en ne pouvant être qualifiée de « double » qu'avec un certain degré de flexibilité, contient des règles sur la répartition de compétence entre les Etats contractants. Tandis que dans une convention simple il suffit, pour assurer le bon fonctionnement de la convention, de ne pas prévoir l'obligation de reconnaissance du jugement étranger lorsque les règles de compétence conventionnelles n'ont pas été respectées, dans une convention double ou mixte il est essentiel d'imposer l'obligation de non-reconnaissance de ce même jugement. A défaut d'une telle obligation, si les Etats demeuraient libres de reconnaître les jugements fondés sur des compétences interdites, la répartition de la compétence directe opérée par la Convention serait remise en cause, au détriment de la sécurité juridique et de la protection qu'elle a pour but d'assurer.

### ***Article 27 – Vérification de la compétence***

Comme on l'a déjà fait remarquer, en application de l'article 25(1), sera reconnu ou exécuté un jugement qui a été rendu sur la base de l'un des chefs de compétence posé par les articles 3 à 13, ou d'un chef de compétence compatible avec ceux-ci. L'article 26 interdit la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement fondé sur une compétence non conforme aux articles 4, 5, 7, 8 ou 12 ou dont la mise en œuvre est interdite en vertu de l'article 18. Le tribunal d'un Etat contractant qui entend exercer une compétence non conforme à ces dispositions est dénué de toute compétence. Avant que l'obligation posée par l'article 25(1) puisse être efficace, l'article 27 exige que l'exercice de sa compétence par le for d'origine soit vérifié par le for de reconnaissance. Un tel contrôle suppose à la fois que soit positivement établi que le tribunal d'origine était compétent en application des articles 3 à 13 ou des compétences dérivées des articles 14, 15 et 16 de la Convention, et que, négativement, soit établi que l'exercice de cette compétence n'était pas incompatible avec les articles 4, 5, 7, 8 ou 12 ou n'était pas interdite en vertu de l'article 18. Il revient à la partie demanderesse à l'exécution de prouver que ces exigences sont bien satisfaites. Dans la mesure où le chapitre III ne concerne que les décisions rendues dans un autre Etat contractant sur le fondement de l'un des chefs de compétence conventionnel, toute les exigences concernant les décisions rendues dans un Etat contractant en application de l'article 17 ou encore rendues dans un Etat non contractant sont régies par le droit commun du tribunal requis.

#### ***Paragraphe 1***

Si le défendeur comparaît lors de la procédure de reconnaissance ou d'exécution, le tribunal requis peut en principe s'attendre à ce que ce défendeur soulève toutes les objections relatives au défaut de compétence. Toutefois, même si le défendeur comparaît mais ne soulève pas d'objection, le tribunal requis peut décider d'office que le tribunal d'origine était dépourvu de compétence. Si le défendeur ne comparaît pas ou n'est pas représenté, le tribunal requis ne peut pas estimer que l'absence de comparution est une reconnaissance implicite du fait que le for de jugement était bien

compétent. Certains éléments doivent être mis à la disposition du tribunal requis, comme les constatations de fait du tribunal d'origine dans la procédure en cause ou toute autre élément de preuve, éléments par lesquels le demandeur à la reconnaissance ou à l'exécution fournit tous les faits relatifs à la compétence permettant d'établir que le tribunal d'origine était bien compétent. Il ne suffit pas de se contenter des documents mentionnés dans l'article 29(1), à moins que figure dans la copie produite du jugement des constatations explicites sur les faits ayant servi de fondement à la compétence du juge d'origine et à condition que le jugement n'ait pas été rendu par défaut (voir l'article 27(2)). Le degré d'exigence quant à la preuve à apporter et aux informations à fournir est déterminé par la pratique judiciaire et le droit national de l'Etat requis. Si le tribunal requis estime que les preuves apportées sont insuffisantes, il peut, en application de l'article 29(3), demander la production de tout autre document utile. Le tribunal requis doit être convaincu que, conformément à sa propre interprétation de la Convention, le tribunal d'origine était bien compétent, et que, bien évidemment, la Convention est applicable à cette décision.

### *Paragraphe 2*

Le paragraphe 2 dispose que le tribunal requis est lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence, à moins qu'il ne s'agisse d'un jugement par défaut. La rédaction du paragraphe 2 est fondée sur celle de l'article 9 de la Convention Jugements de 1971<sup>169</sup>. L'objet de cette disposition est d'empêcher le défendeur à la reconnaissance de retarder l'exécution en soulevant des questions qui ont été ou auraient pu être soulevées au cours de la procédure d'origine<sup>170</sup>. Cette disposition lie le tribunal requis uniquement pour les constatations de fait ayant servi à établir la compétence ; il revient au tribunal requis de déterminer quelle conclusion juridique il faut tirer de ces constatations. Ainsi, un tribunal français peut se déclarer compétent en application de l'article 6 sur le fondement de ce que les biens objet du contrat ont été fournis à Mulhouse et non à Bâle. Si la compétence est établie sur la constatation que les biens qui ont été transportés par un tiers ont été matériellement livrés à l'acheteur à Mulhouse, le tribunal requis sera lié par ces constatations. Mais le tribunal requis sera libre de déterminer le lieu de fourniture des biens si la question est celle de la détermination juridique de ce lieu, qui peut être le lieu où les biens ont été remis au transporteur pour que celui-ci les achemine, ou le lieu où ils ont été finalement remis à l'acheteur. Dans la mesure où, sur ces questions, les droits nationaux peuvent adopter des solutions différentes, le tribunal requis peut mettre en œuvre une solution différente. La question de la détermination de la résidence habituelle peut donner lieu à des problèmes similaires. La constatation qu'une personne a séjourné physiquement dans un certain lieu liera le tribunal requis, mais non la conclusion selon laquelle ce séjour est constitutif d'une résidence habituelle<sup>171</sup>. Une recherche des décisions publiées portant sur des dispositions analogues existant

---

<sup>169</sup> V. le Rapport explicatif de M. FRAGISTAS, *Actes et Documents de la Session extraordinaire (1966), Exécution des jugements*, p. 383. Des dispositions analogues peuvent être trouvées dans l'article 6 de la Convention Jugements de 1971, dans l'article 9 de la Convention sur la reconnaissance des décisions relatives aux obligations alimentaires de 1973, dans l'article 25 de la Convention de 1996 sur la protection des enfants et de l'article 24 de la Convention de 1999 sur la protection des adultes. V. aussi : Convention de Bruxelles, article 28, second paragraphe.

<sup>170</sup> Pour l'historique de cette disposition, voir le rapport de la Commission spéciale, présenté par M. CH. N. FRAGISTAS, *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966), Exécution des jugements*, p. 29. A la différence des négociations menées en 1964, il n'y a eu cette fois-ci aucune opposition sur l'inclusion de cette disposition.

<sup>171</sup> A moins que l'on ne considère que la résidence habituelle est un concept purement factuel. V. CLIVE, « The Concept of Habitual Residence », *Juridical Review* (1997) 137 ; P. BEAUMONT et P. MCELEAVY, *The Hague Convention on International Child Abduction*, OUP, 1999, p. 80-88. V. aussi le Rapport explicatif de MM. BELLET et GOLDMAN sur la Convention sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps, *Actes et documents de la Onzième session (1968)*, t. II, *Divorce*, p. 217, paragraphe 37.

dans les Conventions de La Haye antérieures n'a pas permis de découvrir la moindre difficulté soulevée par ces dispositions<sup>172</sup>.

Si le jugement est rendu par défaut, le tribunal requis n'est plus lié par les constatations de fait ayant fondé la compétence du tribunal d'origine. Bien que la reconnaissance des jugements par défaut soit permise par la Convention, une charge plus lourde pèse sur le demandeur à la reconnaissance ou à l'exécution de tels jugements. Le demandeur doit établir, conformément à l'article 29(1)(b), que l'acte introductif d'instance a bien été notifié au défendeur, et doit apporter la preuve des faits sur lesquels le tribunal d'origine s'est appuyé pour exercer sa compétence. Les termes « jugement par défaut » ne sont pas définis dans la Convention, et font l'objet de très importantes divergences entre les droits et les pratiques nationales<sup>173</sup>. Une définition autonome serait préférable aux caprices des droits du tribunal d'origine<sup>174</sup> ou du tribunal requis. Considérant l'objectif de protection de cette disposition de l'avant-projet de Convention, il peut être soutenu que, pour cet objectif, un jugement par défaut est un jugement rendu au terme d'une procédure au cours de laquelle le défendeur n'a pas eu l'occasion de se défendre devant le tribunal d'origine<sup>175</sup>. Un défendeur qui comparaît dans le seul but de contester la compétence du tribunal d'origine sur le fondement des articles 3 à 13 de la Convention, ayant vu son exception d'incompétence rejetée et ayant décidé de se retirer de la procédure sur le fond ne peut pas contester les constatations de fait sur lesquelles a été fondée la compétence du tribunal d'origine. S'il en était autrement, l'objectif même de la disposition serait détruit.

Dans certains cas, il ne sera pas possible de déduire des termes de la décision présentée à la reconnaissance ou à l'exécution le chef de compétence utilisé par le tribunal d'origine. Il est possible qu'il se soit considéré compétent sur le fait que toutes les parties étaient résidentes dans le même Etat contractant et que la question de l'application de la Convention ne s'est posée que lorsque la partie bénéficiaire du jugement a souhaité obtenir l'exécution de ce jugement dans un autre Etat contractant, parce que le débiteur du jugement possède des biens sur le territoire de cet Etat. Ou bien, le tribunal d'origine peut, du fait de son ignorance, ne pas avoir tenu compte de l'existence de la Convention. Comme le montre l'expression « ou conforme à ces compétences » utilisés par l'article 25(1), l'absence de référence spécifique aux règles conventionnelles n'est pas, en elle-même, susceptible d'empêcher le jugement étranger d'être reconnu en application de la Convention. Certains tribunaux, tout particulièrement pour les jugements purement internes, peuvent ne rien dire du chef de compétence utilisé. Encore une fois, s'il est possible d'établir les circonstances factuelles justifiant l'exercice de la compétence au regard des règles de la Convention, les exigences de l'article 27 seront considérées comme satisfaites.

### Paragraphe 3

Le paragraphe 3 dispose que la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement ne peut pas être refusée au motif que le tribunal d'origine aurait dû refuser d'exercer sa compétence conformément à l'article 22. A partir du moment où l'article 22 n'impose aucune obligation mais une simple faculté, on aurait pu penser que cette affirmation tombait sous le sens.

<sup>172</sup> V. *Les nouvelles Conventions de La Haye*, tomes 2 à 5 inclus, dans lesquels il n'a pas été possible de trouver la moindre décision faisant état d'une telle difficulté.

<sup>173</sup> Comparer, par exemple, la définition très étroite retenue par l'article 473 du NCPC français avec la définition très large retenue en Angleterre : *RSC*, Orders 13 et 19.

<sup>174</sup> Cette solution a été défendue, dans le cadre de la Convention de Bruxelles, par l'avocat général Jacobs : *Sonntag c. Waidmann* (C-172/92), *Recueil des arrêts*, 1993, I. 1963, spéc. p. 1987.

<sup>175</sup> Solution fondée sur l'interprétation du terme « défaillant » donnée par la Cour européenne de Justice dans l'arrêt *Hendrikman c. Magenta Druck und Verlag GmbH* [1997] 2 *WLR* 349, spéc. p. 363, paragraphe 15.



### **Article 28 – Motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution**

L'article 28 définit les circonstances dans lesquelles la reconnaissance ou l'exécution peuvent être refusés aux jugements qui satisfont les exigences de l'article 25(1). Ces circonstances s'appliquent à la fois à la reconnaissance et à l'exécution. La liste des motifs de refus de reconnaissance est exhaustive : il est interdit d'invoquer d'autres motifs non mentionnés, tel que l'application par le tribunal d'origine d'une loi différente de celle qui aurait été désignée par la règle de conflit de lois du tribunal requis. Partant, le tribunal requis est obligé de reconnaître ou d'exécuter un jugement qui remplit les conditions de l'article 25, dont la reconnaissance n'est pas interdite du fait de l'article 26 et contre lequel aucun des motifs de l'article 28 ne peut être invoqué. Mais il n'est pas obligé de refuser dans tous les cas la reconnaissance ou l'exécution à un jugement contre lequel un ou plusieurs motifs de l'article 28 peuvent être invoqués. Les termes « *may* » et « *peut* » montrent bien qu'il s'agit d'une simple faculté pour le juge requis.

En principe, il appartient à la partie qui s'oppose à la reconnaissance ou à l'exécution d'établir l'existence d'un ou plusieurs des motifs de l'article 28. Une proposition visant à accepter un contrôle d'office de certaines des conditions, comme l'ordre public, n'a pas été acceptée par la Commission spéciale. Il existe toutefois une exception partielle : en cas de jugement par défaut, lorsque le demandeur à la reconnaissance doit, en application de l'article 29(1)(b), établir que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié à la partie défaillante. Toutefois, il appartient au défendeur à la reconnaissance d'établir que la notification ne lui a pas laissé suffisamment de temps pour préparer sa défense. A cette exception près, si le défendeur à la reconnaissance n'apparaît pas ou ne soulève aucune objection, l'obligation de reconnaître ou d'exécuter le jugement résultant de l'article 25 trouve à s'appliquer.

#### *Lettre a) – Litispendance*

Cette disposition permet au tribunal premier saisi, au sens des conditions posées par l'article 21, de refuser la reconnaissance ou l'exécution si le tribunal second saisi a rendu une décision avant que la procédure devant le tribunal premier saisi n'ait abouti à un jugement. Pour cela, il est nécessaire que, en application de l'article 21, le tribunal second saisi soit dans l'obligation de reconnaître la priorité du tribunal premier saisi. Si ces conditions ne sont pas remplies, par exemple si le tribunal premier saisi exerçait une compétence de l'article 17, qui ne permet pas de se voir reconnaître la priorité, ou si ce tribunal était seulement saisi d'une action déclaratoire, il ne pourra pas refuser la reconnaissance ou l'exécution sous prétexte que la procédure devant le tribunal du for, premier saisi, est toujours pendante. Si la condition d'autorité de chose jugée est remplie, la reconnaissance du jugement rendu par le tribunal second saisi met fin au litige.

Bien évidemment, si la procédure devant le tribunal premier saisi a abouti à un jugement, même si c'est sur le fondement d'une compétence de l'article 17 ou si le tribunal était saisi d'une action déclaratoire, la lettre b), qui fait l'objet de développements ci-dessous, s'applique.

#### *Lettre b) – Jugements inconciliables*

La lettre b) permet au tribunal requis de ne pas reconnaître une décision qui est inconciliable avec un jugement rendu dans l'Etat requis ou dans un autre Etat, contractant ou non. Des jugements sont considérés comme inconciliables lorsque les constatations de fait ou les conclusions de droit auxquelles ils parviennent s'excluent

mutuellement<sup>176</sup>. Dans la version anglaise, le terme « *inconsistent* » a été préféré à « *irreconcilable* » pour traduire le terme français « inconciliable ». Le caractère inconciliable ne doit pas être confondu avec la litispendance. Une situation de litispendance peut tout à fait conduire à des décisions conciliables ; le problème principal est celui de la multiplication des efforts, et de la dépense de temps et d'argent. Par ailleurs, des décisions inconciliables peuvent très bien résulter d'actions ayant des objets différents et peuvent même survenir lorsque les parties ne sont pas les mêmes, dans l'hypothèse, par exemple, où une décision condamne le garant à payer une dette qu'une autre décision rendue entre le créancier et le débiteur principal a déclaré être nulle. Il n'est pas non plus nécessaire de systématiquement favoriser le jugement inconciliable qui est le premier rendu ou qui résulte d'une procédure antérieurement instituée.

Il résulte clairement des termes employés par cette lettre que le tribunal requis peut accorder sa préférence au jugement rendu dans l'Etat du for, même si le jugement dont la reconnaissance ou l'exécution est demandée est antérieur ou résulte d'une procédure antérieurement instituée. Bien que les articles 21 et 28(1)(a) visent à éviter ce type de situation, le champ d'application limité de l'article 21 ne peut pas les prévenir toutes. Ainsi, dans la mesure où les actions déclaratoires sont exclues par l'article 21(6), une décision constatant que le demandeur n'a pas commis de violation de ses obligations contractuelles obtenue dans l'Etat requis pourra empêcher la reconnaissance ou l'exécution d'une décision condamnant à des dommages et intérêts pour violation d'une obligation contractuelle. Le jugement dont la reconnaissance ou l'exécution est demandée dans le cadre de l'article 28 est nécessairement un jugement rendu sur le fondement de l'une des compétences posées par les articles 3 à 13 de la Convention, mais en revanche, le jugement inconciliable n'est pas nécessairement un jugement susceptible de bénéficier des dispositions du chapitre III. Il peut s'agir d'une décision prise au terme d'une procédure n'impliquant que des personnes habituellement résidentes dans l'Etat d'origine auquel le chapitre II ne s'applique pas ou bien d'une décision rendue sur le fondement d'une règle de compétence prévue par le droit national en application de l'article 17. Il ne peut, bien évidemment, s'agir d'une décision rendue dans un Etat contractant sur le fondement d'une compétence prohibée de l'article 18, dans la mesure où le tribunal d'origine, dans cette hypothèse, serait incompétent. De plus, le jugement local ne doit pas nécessairement être un jugement qui remplit les conditions de reconnaissance ou d'exécution au sens de l'article 25 au moment où la reconnaissance ou l'exécution de l'autre décision est demandée. Il n'est pas non plus nécessaire qu'il bénéficie de l'autorité de chose jugée ou soit exécutoire.

Le jugement dont la reconnaissance ou l'exécution est demandée peut être inconciliable avec le jugement rendu dans un autre Etat si ce dernier est susceptible d'être reconnu ou exécuté dans l'Etat requis. Le fait qu'il ne soit pas mentionné que cet « autre Etat » doive être un Etat contractant montre que cette reconnaissance ou cette exécution ne sont pas simplement celles mentionnées au chapitre III. Partant, le jugement peut être susceptible de reconnaissance en application d'une autre convention ou en application du droit commun. C'est la possibilité de reconnaissance ou d'exécution qui est ici importante. Si la décision a déjà été reconnue ou exécutée dans l'Etat requis, il est évident que la disposition s'applique. Si tel n'est pas le cas, le jugement étranger inconciliable peut être invoqué si, au moment où la reconnaissance ou l'exécution de l'autre jugement est recherchée en application de l'article 25 dans l'Etat requis, le premier jugement semble susceptible, en application du droit de l'Etat requis, d'être reconnu ou exécuté. Dans une telle situation, l'antériorité de l'un des jugements peut être un facteur pertinent<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> Comp. La définition du terme « inconciliable » donnée par la CJCE pour les besoins de l'article 27-3 de la Convention de Bruxelles dans l'arrêt *Hoffmann c. Krieg* (145/986), *Recueil des arrêts*, 1988, p. 645. Il s'agit de « conséquences juridiques qui s'excluent mutuellement ».

<sup>177</sup> Comparer avec l'article 5(3) de la Convention Jugements de 1971 et FRAGISTAS, *op. cit.*, p. 382, § 8 IV. 2.

*Lettre c) – Incompatibilité avec les principes fondamentaux de procédure*

Cette lettre permet au tribunal requis de refuser la reconnaissance ou l'exécution à un jugement incompatible avec les principes fondamentaux de procédure de l'Etat requis. Cette disposition, de toute évidence, doit faire l'objet d'une interprétation restrictive. Le fait que la procédure suivie devant le tribunal d'origine diffère de celle en vigueur dans l'Etat requis ne saurait constituer un motif de refus de reconnaissance<sup>178</sup>. Le droit d'être entendu par un tribunal indépendant et impartial renvoie à des principes tout à fait fondamentaux et largement acceptés, comme par exemple l'obligation pour le tribunal d'entendre chaque partie au litige ou encore le principe selon lequel nul ne peut être juge et partie. La référence à ces solutions n'est pas destinée à décrire exhaustivement les questions couvertes par cette disposition, mais vise simplement à expliciter ce qui est entendu par « principes fondamentaux de procédure ». Le fait que, dans de nombreux pays, certains jugements ne sont pas motivés, tout particulièrement les jugements rendus par défaut et ceux rendus au terme d'une procédure sommaire, ne doit pas en soi être un motif suffisant pour refuser la reconnaissance ou l'exécution de ces jugements, à moins que l'absence de motivation empêche le tribunal requis de procéder à la vérification de la compétence du tribunal d'origine. Dans ce cas, le tribunal requis peut demander de plus amples informations, en application de l'article 29(3).

La référence au tribunal indépendant et impartial est tirée de l'article 14 du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques de 1966, qui dispose que « chacun a droit à être entendu de façon équitable et publique par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi »<sup>179</sup>.

*Lettre d) – Défaut de notification*

Cette disposition permet au tribunal requis de refuser la reconnaissance ou l'exécution si l'acte introductif d'instance n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre. Cette disposition avait au départ été rédigée uniquement pour les jugements rendus par défaut. Toutefois, à une courte majorité, la Commission spéciale a décidé d'étendre le champ d'application de cet article à tous les jugements, y compris les jugements par défaut. Du fait de l'article 29(1)(b), une distinction subsiste : si le jugement a été rendu par défaut, il appartient à la partie demanderesse à la reconnaissance ou à l'exécution de prouver que l'acte introductif d'instance a bien été notifié à l'autre partie. Dans les autres situations, c'est à la partie qui s'oppose à la reconnaissance ou à l'exécution de prouver que chaque condition de la lettre d) n'a pas été respectée. Cette disposition n'est pas sans présenter une certaine ressemblance avec celle de l'article 6 de la *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires*, mais d'importantes différences subsistent. Tout d'abord et avant tout, l'article 6 et d'autres dispositions similaires<sup>180</sup> ne s'appliquent qu'aux jugements rendus par défaut. La disposition a pour contrepartie l'article 20 du chapitre II, qui impose au tribunal d'origine de vérifier qu'une notification diligente a bien été effectuée. Comme il a été remarqué lors de l'analyse de cet article, l'affirmation du tribunal d'origine selon laquelle la notification a bien eu lieu n'est pas une constatation de fait relative à la compétence à laquelle s'applique l'article 27(2). Partant, le tribunal requis doit mener ses propres investigations si la question est à nouveau soulevée par le défendeur.

La lettre d) contient deux conditions séparées. Ce sont :

<sup>178</sup> Cette solution a été dégagée par les Etats-Unis dès 1895 : *Hilton v. Guyot* 159 US 113 (1895).

<sup>179</sup> Voir aussi l'article 6(1) de la Convention européenne des droits de l'homme.

<sup>180</sup> Voir aussi l'article 6 de la Convention sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps de 1970 et l'article 27(2) de la Convention de Bruxelles.

- la notification de l'acte introductif d'instance ; et
- le fait que cette notification ait été faite en temps utile et de telle manière que le défendeur a pu organiser sa défense.

Si l'une de ces conditions n'est pas remplie, le jugement peut se voir refuser la reconnaissance ou l'exécution.

#### *i) Notification au défendeur*

Cette exigence vise l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande qui doit être notifié au défendeur. Le fait que la notification au défendeur doive non seulement mentionner l'existence d'une procédure mais encore les éléments essentiels de la demande, constitue le cœur de cette disposition. Si tel n'est pas le cas, non seulement la notification sera considérée comme insuffisante, mais encore le défendeur ne sera pas en mesure de préparer sa défense.

A la différence de dispositions analogues dans d'autres conventions qui utilisent le terme anglais « *service* » pour rendre compte de la notification de l'acte introductif d'instance, ou exige que le défendeur soit informé conformément à la loi d'un Etat, la Commission spéciale a délibérément utilisé le terme « *notified* », qui est dépourvu de sens technique en anglais, dans le but d'éviter toute référence à un droit national. De la même façon, le terme « notifié », utilisé en français et qui, pour sa part, a bien un sens technique précis, doit être entendu en un sens ordinaire et non juridique. Ce qui signifie que cette exigence vise avant tout à résoudre une question d'ordre factuel : le défendeur a-t-il été informé de la naissance d'une procédure contre lui et a-t-il été informé des éléments essentiels de cette procédure ? Le problème n'est pas de savoir si les règles de notification d'un droit national ou les règles de la Convention de La Haye Notification ont été respectées. Partant, une notification par remise au parquet ou une procédure de « *substituted service* » ne seront pas suffisantes, même si elles peuvent être autorisées par le droit national<sup>181</sup>. Les termes « notifié au » montrent que le défendeur doit avoir été mis en mesure d'apprendre l'existence de la demande ; ils ne supposent pas que le défendeur se soit effectivement rendu compte du contenu des documents qui lui ont été fournis<sup>182</sup>. Mais si n'est pas donnée au défendeur l'opportunité de prendre connaissance de la documentation qui lui est fournie, même si c'est en raison de son propre refus d'accepter la livraison de ces documents, la notification n'est pas considérée comme ayant eu lieu<sup>183</sup>. Cependant, comme on a déjà pu le remarquer, le tribunal requis a la faculté de reconnaître ou d'exécuter le jugement malgré l'absence de notification en temps utile.

#### *ii) Notification en temps utile*

L'exigence selon laquelle la notification doit avoir été réalisée en temps utile et de telle manière que le défendeur puisse organiser sa défense se trouve déjà dans la Convention Notification de 1965. Depuis, cette exigence a été maintes fois répétée dans de nombreuses autres conventions, et tout particulièrement dans l'article 6 de la Convention sur l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires de 1973 et l'article 27(2) de la Convention de Bruxelles. La question de savoir si la notification a été faite en temps utile est une question de pur fait, qui dépendra des circonstances

<sup>181</sup> Voir, par exemple, CJCE, *Debaecker c. Bouwman* (49/84), *Recueil des arrêts*, 1985, 1779.

<sup>182</sup> Voir la décision : Hof Amsterdam, 20 juillet 1962, *NIPR* 1992, Nr. 315, en résumé dans *Les nouvelles Conventions de La Haye*, tome V, p. 26.

<sup>183</sup> Voir le rapport FRAGISTAS, *op. cit.* § 10 III. (c), p. 384. Voir aussi la décision rendue par le *Hoge Raad*, 20 mai 1994, *NIPR* 1994, Nr. 356 ; *NJ* 1994 589, en résumé dans *Les nouvelles Conventions de La Haye*, tome V, p. 27 (un défendeur refuse d'accepter la notification qui lui est faite et la personne chargée de cette notification remporte les documents avec lui. Jugé qu'il n'y avait pas eu de notification au sens de l'article 6 de la Convention sur l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires).

de chaque espèce. Le respect ou le non-respect des règles nationales de procédure du tribunal d'origine peut servir d'indice, mais n'est pas en lui-même suffisant. L'absence de familiarité avec le droit local, avec la langue, les difficultés à trouver un avocat convenable peuvent avoir pour conséquence que le défendeur devra bénéficier d'un délai plus long que celui qui est prévu dans le droit national ou qui résulte de la pratique dans l'Etat d'origine. La notification doit également avoir été faite « de telle manière » que le défendeur puisse organiser sa défense. Une telle précision peut conduire à exiger une traduction exacte des documents rédigés dans une langue que le défendeur ne maîtrise probablement pas<sup>184</sup>.

---

<sup>184</sup> Voir Cour de Tokyo, 26 mars 1990 ; *Kinhan* No 857, 39 ; *JURI* No 980, 268 ; *JDI* 1995, 405, en résumé dans *Les nouvelles Conventions de La Haye*, Tome V, p. 362 (Acte de procédure américain et demande rédigée en anglais notifiée au défendeur japonais en application de la Convention notification sans traduction. Jugé que la notification n'avait pas permis au défendeur de se défendre).

Comme il a déjà été remarqué, la lettre *d)* s'applique à une décision rendue au terme d'une procédure à laquelle le défendeur a participé. En principe, il est possible de s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution même si le défendeur a comparu au fond sans contester la compétence au sens de l'article 5. Il est toutefois évident que dans ce cas, la charge de la preuve pesant sur le défendeur sera lourde, puisqu'il devra prouver qu'il n'a pas été en mesure d'assurer sa défense, particulièrement s'il a participé à la procédure sans contester la compétence. La lettre *d)* ne doit pas être lue comme une invitation pour le tribunal de l'Etat requis de statuer à nouveau au fond sur la demande formée devant le tribunal d'origine. Une telle solution irait à l'encontre des objectifs de la Convention, qui vise à mettre en place une technique d'exécution des jugements à la fois efficace et certaine. Partant, le défendeur ne devra pas simplement prouver que la notification n'a pas été suffisante, mais il devra encore établir que ce défaut l'a effectivement privé d'une réelle possibilité de se défendre ou d'invoquer certaines preuves qui, de façon certaine et non seulement potentielle, auraient pu conduire à un résultat au fond substantiellement différent. Si tel n'est pas le cas, il n'est pas possible d'estimer que le défendeur n'a pas été mis en mesure de se défendre.

#### *Lettre e)*

Cette disposition permet au tribunal requis de refuser la reconnaissance ou l'exécution si le jugement résulte d'une fraude commise dans la procédure. Une disposition analogue se trouve à l'article 5(2) de la Convention Jugements de 1971. La fraude visée est celle qui a été commise pendant la procédure ayant donné lieu au jugement. Il peut s'agir d'une fraude à la compétence du tribunal, résultant parfois d'une collusion entre les parties. Le plus souvent, il s'agit d'une fraude commise par l'une des parties à la procédure envers le tribunal ou l'autre partie dans le but de produire des preuves inexactes ou de supprimer délibérément des preuves matérielles. La fraude implique une volonté délibérée ; la simple négligence ne saurait suffire. Le tribunal requis doit aussi vérifier si et dans quelle mesure la partie qui s'oppose à l'exécution pouvait obtenir une sanction de la fraude dans le pays d'origine.

La disposition ne résout pas la divergence d'interprétation qui est apparue entre certains pays de *common law* portant sur la question de savoir si le terme « fraude » comprend à la fois la fraude « extrinsèque », c'est-à-dire une fraude qui n'a été découverte par la partie qui l'invoque que postérieurement au jugement initial et la fraude « intrinsèque », c'est-à-dire la fraude qui est alléguée avec une certaine vraisemblance par une partie qui en était consciente et a soulevé l'objection devant le tribunal d'origine<sup>185</sup>. En tout état de cause, une solution qui permettrait en pratique au tribunal requis de réexaminer des questions tranchées par le tribunal d'origine contredirait à la fois le principe général d'interdiction de la révision et la confiance mutuelle que doivent s'accorder entre eux les Etats contractants. De plus, si la partie qui s'oppose à la reconnaissance ou à l'exécution a effectivement soulevé la question de la fraude dans l'Etat du tribunal d'origine et que ce tribunal a rejeté ses allégations, cette décision de rejet est elle-même susceptible d'être reconnue en application des règles de la Convention.

#### *Lettre f) – Ordre public*

La lettre *f)* permet au tribunal requis de refuser la reconnaissance ou l'exécution si cette reconnaissance ou cette exécution est manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat requis. Cette disposition appelle quelques remarques.

---

<sup>185</sup> L'approche la plus large a été adoptée au Royaume-Uni : *Owens Bank Ltd c. Bracco* [1992] 2 AC 443 ; l'approche restrictive, au Canada : *Jacobs c. Beaver* (1908) 17 OLR 496 et en Australie *Keele c. Findley* (1991) 21 NSWLR 444.

En premier lieu, la Commission spéciale a décidé d'aborder séparément certaines questions de procédure dans les lettres *c)*, *d)* et *e)* qui, à défaut, pourraient être considérées comme relevant de l'ordre public. Bien que la catégorie « ordre public » ne puisse être définie à l'avance, il est nécessaire que les tribunaux n'admettent qu'avec réticence de qualifier d'autres imperfections procédurales, par exemple, une importante différence de la procédure suivie devant le tribunal d'origine, comme étant contraires à l'ordre public.

En second lieu, l'avant-projet de Convention, dans son article 33, aborde spécifiquement la question des dommages et intérêts non compensatoires et excessifs. C'est cette règle qui doit être appliquée, plutôt que la disposition générale relative à l'ordre public.

En troisième lieu, c'est l'effet concret de la reconnaissance et de l'exécution du jugement qui doit être contraire à l'ordre public, et non la loi sur la base de laquelle a été rendu le jugement. Cette solution est connue à la fois des pays de tradition romano-germanique et des pays de *common law*<sup>186</sup>.

Enfin, la reconnaissance ou l'exécution doit être, conformément aux termes consacrés à La Haye, « manifestement » incompatible avec l'ordre public. L'utilisation de ce terme indique que l'arme du refus de reconnaissance doit être utilisée rarement et en dernier ressort. Le fait que le tribunal d'origine ait appliqué une loi différente de celle que le tribunal requis aurait appliquée ne saurait être un motif suffisant. Ne doit pas non plus suffire le fait que le tribunal étranger a commis une erreur de fait ou de droit, à moins que cette erreur ne résulte d'une fraude, même en cas de mauvaise application de la loi du tribunal requis. Tous ces exemples sont couverts par le principe de la prohibition de la révision, énoncé dans l'article 28(2).

#### *Paragraphe 2 – Révision au fond*

Le paragraphe 2 pose comme principe général l'interdiction de toute révision au fond. Malgré le choix d'introduire cette disposition au sein de l'article 28, il est clair qu'elle s'applique à l'ensemble du chapitre II, et peut-être faudrait-il envisager de lui accorder une place plus importante, en lui consacrant un article séparé. Le principe posé est fondamental : la Convention manquerait son objectif si le tribunal requis pouvait à nouveau s'intéresser aux questions qui ont servi de fondement à la décision rendue par le tribunal étranger. Pour cette raison, le tribunal requis ne doit pas se pencher sur les conclusions de fait ou de droit auxquelles est parvenu le tribunal étranger, non plus que sur la loi qu'il a appliquée.

Ce principe est toutefois posé « sous réserve de ce qui est nécessaire pour l'application des dispositions de ce chapitre », c'est-à-dire du chapitre III. Dans le chapitre III, il y a en effet plusieurs cas dans lesquels le tribunal requis peut, et parfois doit, reconsidérer la décision rendue par le tribunal d'origine.

En premier lieu, en application de l'article 27, il doit vérifier la compétence du tribunal d'origine. Si le jugement n'a pas été rendu par défaut et si le tribunal d'origine a constaté certains faits sur lesquels il a fondé sa compétence, cette vérification se limitera à l'étude du raisonnement juridique mis en œuvre par le tribunal d'origine pour établir sa compétence. Si le jugement dont la reconnaissance ou l'exécution est recherchée est un jugement rendu par défaut ou si le tribunal d'origine n'a constaté aucun fait pour fonder sa compétence, la vérification faite par le tribunal requis s'étend aux faits permettant de fonder la compétence. Dans ce cas, la révision de certains aspects de la décision étrangère est obligatoire.

---

<sup>186</sup> Voir P. MAYER, *Droit International Privé*, 6<sup>ème</sup> édition, p. 249-251. La même solution est sous-jacente dans la décision anglaise *Saxby v. Fulton* [1909] 2 KB 206 (décision portant sur une dette de jeu contractée à Monaco et reconnue en Angleterre, bien qu'à l'époque le jeu ait été considéré comme contraire à l'ordre public anglais).

En second lieu, le tribunal requis peut devoir opérer une révision au fond de la décision du tribunal d'origine pour l'application de l'article 28 (1), et tout particulièrement pour la mise en œuvre des lettres e) et f). Comme on l'a déjà fait remarquer lors de l'analyse de ces dispositions, un soin particulier doit être mis en œuvre pour que les occasions de mettre en œuvre cette révision restent exceptionnelles et ne se substituent pas au principe général d'interdiction.

Enfin, en application de l'article 33(2), le tribunal requis pourra reconsidérer les dommages et intérêts accordés par le tribunal d'origine. Ici encore, ceci doit être considéré comme une procédure exceptionnelle, qui ne doit pas être mise en œuvre simplement parce que le tribunal requis considère que les dommages et intérêts accordés sont importants aux yeux des solutions généralement suivies dans l'Etat du for de reconnaissance. De plus, la révision, en application de l'article 33(2) ne concerne pas les faits sur le fondement desquels ont été accordés des dommages et intérêts.

## **Article 29 – Pièces à produire**

### *Paragraphes 1-3*

Cet article décrit les pièces que la partie qui invoque la reconnaissance d'un jugement étranger ou qui en demande l'exécution doit produire devant le tribunal saisi. La liste reprend dans une large mesure celle qui figure à l'article 13 de la *Convention de La Haye du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, avec quelques modifications qui tiennent compte de la préoccupation de la Commission spéciale de réduire au minimum le fardeau pour le requérant.

- a) En premier lieu, le requérant doit produire une copie intégrale du jugement, certifiée conforme. C'est une production nécessaire, s'agissant du titre à reconnaître.
- b) La deuxième pièce indiquée dans la liste est le document établissant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié au défendeur. Il n'est à produire que s'il s'agit de la reconnaissance ou de l'exécution d'un jugement par défaut. Cette restriction peut sembler en contradiction avec la disposition de l'article 28, paragraphe 1, lettre d), selon laquelle le défaut de notification de l'acte introductif d'instance au défendeur constitue un motif de refus de reconnaissance ou d'exécution du jugement même dans le cas où la décision a été rendue à la suite d'une procédure contradictoire. La contradiction n'est toutefois qu'apparente, car on peut présumer, lorsque le jugement n'est pas par défaut, que le défendeur a été atteint par l'acte introductif d'instance. Ce sera au défendeur de soulever la question de la notification ou, le cas échéant, au tribunal saisi de demander le document aux termes du paragraphe 3. On remarquera que le texte ne reprend pas le mot « régulièrement » qui figure dans l'article 13 de la Convention de 1971 à propos de la notification, réduisant ainsi sensiblement le fardeau pour le requérant, auquel il suffira d'établir que l'acte a atteint le défendeur de telle manière qu'il a été mis en mesure de se défendre<sup>187</sup>.
- c) Le requérant doit en outre produire tout document qui permette d'établir que le jugement a l'autorité de la chose jugée dans l'Etat d'origine ou, le cas échéant, qu'il est exécutoire dans cet Etat<sup>188</sup>.

<sup>187</sup> A cet égard, voir les développements ci-dessus au sujet de l'article 28, paragraphe 1, lettre d).

<sup>188</sup> Voir les développements ci-dessus au sujet de l'article 25.



- d) La Convention de 1971 prévoyait la production d'une traduction des documents mentionnés dans la liste, « sauf dispense de l'autorité requise ». La nouvelle disposition, au contraire, ne la prévoit que « si le tribunal requis l'exige ». La production n'est donc pas la règle et n'interviendra que lorsque le juge requis nécessite vraiment de disposer d'une traduction pour apprécier le contenu des autres documents présentés par le requérant. En outre, même lorsqu'elle est demandée, la traduction doit être simplement établie par une personne habilitée à cet effet, et non certifiée conforme par une autorité diplomatique ou consulaire, ou par un traducteur juré.

De toute façon, selon le paragraphe 2, la production des documents ne peut pas être subordonnée à leur légalisation ou autre formalité analogue. L'avant-projet de Convention se rallie en cela à une pratique bien établie dans le cadre des Conventions de La Haye<sup>189</sup>

En vertu du troisième paragraphe, lorsque le tribunal requis n'est pas en mesure de vérifier, sur la base du contenu du jugement, que les conditions prévues par le chapitre sur la reconnaissance et l'exécution sont remplies, il peut exiger la production de tout autre document utile. Plutôt que d'alourdir la liste des documents à produire, et d'imposer au requérant aussi la production de documents qui pourraient être superflus pour l'appréciation du tribunal requis, la Commission spéciale a estimé préférable de limiter la liste aux documents essentiels et de laisser un certain pouvoir discrétionnaire au tribunal d'indiquer quels documents lui sont vraiment nécessaires pour se prononcer.

### **Article 30 – Procédure**

Cette disposition soumet la procédure pour obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, ainsi que l'exécution elle-même, au droit de l'Etat requis. Le renvoi au droit national en matière de procédure correspond à la pratique courante des conventions internationales relatives à l'exécution des jugements et a été retenu sans hésitation par la Commission spéciale, cette dernière ayant estimé difficile d'envisager une procédure d'exequatur uniforme simplifiée<sup>190</sup> dans une convention de caractère mondiale. La seule indication commune se retrouve dans la disposition selon laquelle le tribunal requis est tenu d'agir rapidement. Cette disposition oblige les Etats contractants à utiliser en matière de reconnaissance, d'exequatur et d'exécution la procédure la plus rapide dont ils disposent dans leur droit national et, le cas échéant, à rendre plus rapides les procédures existantes. Il semble utile de souligner encore à cet égard que, bien qu'une disposition conventionnelle en ce sens n'ait pu être adoptée par la Commission spéciale,<sup>191</sup> le renvoi aux procédures nationales implique également que dans les Etats où aucune procédure n'est requise pour la reconnaissance des jugements étrangers<sup>192</sup>, celle-ci puisse avoir lieu automatiquement sans l'intervention d'une autorité judiciaire ou autre.

---

<sup>189</sup> A partir de la *Convention du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants* (article 9).

<sup>190</sup> Selon l'exemple des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

<sup>191</sup> V. Rapport de séance No 69 du 17 juin 1999, p. 2.

<sup>192</sup> Par exemple l'Italie, aux termes de l'article 64 de la loi No 218 du 31 mai 1995. V. POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, p. 74.

### **Article 31 – Frais de procédure**

Cet article règle la question de la caution pour garantir le paiement des frais de procédure et reprend la position traditionnelle<sup>193</sup> selon laquelle aucune caution ne peut être demandée à ce titre au requérant au seul motif qu'il est ressortissant d'un autre Etat contractant ou a sa résidence habituelle dans un autre Etat contractant. Il n'efface donc pas totalement la possibilité de l'imposition d'une caution, tout en la limitant aux situations où le requérant n'a pas de lien avec un Etat contractant. La disposition est applicable tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales.

### **Article 32 – Aide judiciaire**

Ce texte traite du problème de l'accès à l'assistance judiciaire des personnes impliquées dans une procédure de reconnaissance ou d'exécution d'un jugement étranger. Sa solution pose la question du droit applicable à la détermination des personnes qui peuvent bénéficier de l'assistance et du contenu de l'assistance.<sup>194</sup> L'avant-projet de Convention soumet les deux questions à l'Etat requis, qui est obligé d'appliquer aux personnes résidant à l'étranger les mêmes conditions d'accès au bénéfice de l'aide judiciaire que celles applicables aux personnes ayant leur résidence habituelle dans l'Etat requis, pourvu qu'elles aient leur résidence habituelle dans un Etat contractant.

### **Article 33 – Dommages et intérêts**

Le « cauchemar » de l'exécution des décisions accordant des dommages et intérêts punitifs ou excessifs, spécialement ceux accordés par des jury civils américains, a été soulevé dès le début des discussions au sein de la Commission spéciale réunie en juin 1994 pour étudier la faisabilité d'une convention. De très nombreux experts, y compris ceux d'autres pays de *common law*, se sont inquiétés de cette question. A cette session, a été émise l'idée selon laquelle il serait préférable d'adopter un motif de refus total ou partiel d'exécution spécifique aux décisions accordant des dommages et intérêts punitifs ou d'un montant excessif, plutôt que de s'en remettre simplement à l'exception d'ordre public<sup>195</sup>.

Cet article contient deux dispositions différentes : le paragraphe 1 porte sur la reconnaissance et l'exécution de dommages et intérêts non compensatoires, alors que le paragraphe 2 porte sur la reconnaissance et l'exécution de dommages et intérêts compensatoires. Le paragraphe 3 s'applique aux deux dispositions précédentes. Si l'article 33 n'avait pas été inséré dans la Convention, il aurait été possible d'invoquer l'exception d'ordre public pour empêcher la reconnaissance ou l'exécution de dommages et intérêts punitifs ou excessifs. Dans la mesure où la Convention contient une disposition spécifique sur ce point, qui peut refléter des considérations d'ordre public, l'utilisation de l'exception d'ordre public de l'article 28(1)(f) pour ajouter ou modifier les dispositions de l'article 33 est interdite. Comme il sera expliqué plus loin, l'article 33 doit être lu au regard du principe exprimé par l'article 28(2) selon lequel le tribunal requis ne doit procéder à aucune révision au fond. En conséquence, toute révision rendue nécessaire par le jeu de l'article 33 doit demeurer exceptionnelle.

<sup>193</sup> V. déjà l'article 17 de la *Convention de La Haye du 1er mars 1954 relative à la procédure civile*.

<sup>194</sup> V. en ce sens FRAGISTAS, Rapport cit., p. 386.

<sup>195</sup> V. *Doc. prélim. No 2*, Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, p. 23, paragraphe 37.

*Paragraphe 1 – Dommages et intérêts non compensatoires*

Le paragraphe 1 est rédigé en termes positifs. Il oblige le tribunal d'un Etat contractant à reconnaître l'allocation de dommages et intérêts non compensatoires, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, au moins à concurrence du montant des dommages et intérêts similaires ou comparables qui auraient pu être accordés dans l'Etat requis. Par conséquent, cette disposition expresse interdit le recours à l'exception d'ordre public qui serait susceptible d'être invoquée en application du droit national de l'Etat requis. De plus, la disposition empêche le tribunal requis de refuser l'exécution au seul motif que les dommages et intérêts punitifs sont inconnus dans le droit de l'Etat requis. Le tribunal requis doit tout d'abord effectuer la comparaison exigée par le paragraphe 1. Si le droit du tribunal requis ignore les dommages et intérêts punitifs ou une forme équivalente, il peut alors ne pas reconnaître l'allocation de tels dommages et intérêts. Mais, à supposer même qu'un tel équivalent existe, l'exigence de reconnaissance ou d'exécution ne porte que sur la fraction des dommages et intérêts qui auraient pu être alloués sur le territoire de l'Etat requis.

Le paragraphe 1 a trait aux « dommages et intérêts non compensatoires ». La Commission spéciale a délibérément choisi des termes descriptifs plutôt que des termes ayant un sens juridique précis, qui seraient trop liés à un système juridique particulier. Les dommages et intérêts compensatoires visent à réparer les pertes qui ont été subies par la victime, ou que celle-ci est susceptible de subir dans l'avenir. Selon les droits nationaux, ces dommages et intérêts comprennent les pertes pécuniaires présentes et futures, à la fois pour les pertes éprouvées par la victime et les gains dont elle a été privée. Ils peuvent aussi comprendre, dans les systèmes qui les admettent, les dommages et intérêts versés en paiement du *pretium doloris*, présent et futur. Enfin, dans les pays de *common law*, la catégorie des dommages et intérêts compensatoires comprend les « dommages et intérêts aggravés » (« *aggravated damages* »), qui visent à compenser le demandeur pour un dommage subi particulièrement douloureux. Pour des raisons évidentes, ce type de dommages et intérêts, assimilable à la catégorie des dommages et intérêts exemplaires, est parfois utilisé pour détourner l'interdiction de l'allocation de dommages et intérêts punitifs qui est prévue par le droit de certains pays du Commonwealth. Les deux dernières catégories visent des dommages subis qui ne sont pas aisément mesurables en argent et pour lesquels l'évaluation subjective pratiquée par le juge ou le jury joue un rôle déterminant.

Les dommages et intérêts « non compensatoires » n'ont pas pour fonction d'offrir une réparation à la victime. En général, ils remplissent une fonction dissuasive ou punitive. Les dommages et intérêts exemplaires, parfois appelés « punitifs » ou « vindicatifs » en sont un exemple frappant. Ils sont alloués « comme une sorte de punition à l'encontre du défendeur, dans le but de prévenir la réalisation d'un préjudice similaire »<sup>196</sup>. Un autre type, connu sous le nom de « dommages et intérêts multiples » (« *multiple damages* »), existe surtout aux Etats-Unis, où l'exemple principal est celui des « triples dommages et intérêts » (« *treble damages* ») alloué en application de la section 4 du *Clayton Act 1914*<sup>197</sup>. Là encore, leur fonction est dissuasive. En principe, l'identification des dommages et intérêts non compensatoires au sein de la totalité des dommages et intérêts alloués ne pose pas de problème, dans la mesure où, en principe, le juge ou le jury évaluent séparément ces dommages et intérêts.

<sup>196</sup> J. BURKE, *Jowitt's Dictionary of English Law*, 2<sup>nd</sup> édition, v° « *Damages* ». Les trois termes « exemplaires », « punitifs » et « vindicatifs » sont synonymes. Pour une étude comparative, v. H. STOLL, *Consequences of Liability : Remedies*, in : *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI Torts (1983), Ch. 89, ss. 103-114.

<sup>197</sup> Pour une discussion des dommages et intérêts multiples, v. STOLL, *op. cit.*, ch. 8 s. 115.

Le tribunal requis n'est obligé de reconnaître de tels dommages et intérêts que dans la mesure où des dommages et intérêts analogues auraient pu être obtenus dans l'Etat requis. Bien que le texte ne vise que la reconnaissance, il doit être interprété comme incluant l'exécution, sinon, la disposition serait dénuée de sens. Les termes « dommages et intérêts similaires ou comparables » visent toute somme d'argent éventuellement allouée dans l'Etat requis en plus des dommages et intérêts compensatoires, et qui visent une fonction similaire. Ceci suppose une comparaison à la fois de la nature de la somme allouée et de son quantum. Ces sommes ne doivent pas nécessairement être allouées dans le but de dissuader des actes futurs. La comparaison doit être fonctionnelle. Ainsi, l'allocation de dommages et intérêts punitifs aux Etats-Unis peut, en pratique, servir à couvrir les frais et dépens, qui ne sont pas en principe compris dans les dommages et intérêts alloués par les tribunaux américains. L'effet du paragraphe 3 est d'inclure ces frais dans la comparaison qui doit être menée en application du paragraphe 1. Les termes « au moins à concurrence du montant » des dommages et intérêts qui auraient pu être accordés renvoient aussi au montant de la somme qui aurait pu être obtenue dans l'Etat requis. Ainsi, si les tribunaux dans l'Etat requis acceptent d'accorder des dommages et intérêts punitifs, mais pour un montant très inférieur, cette différence doit être prise en compte, et l'exécution peut être limitée au montant des dommages et intérêts qui auraient pu être accordés dans l'Etat requis. Pour ce faire, il est inutile de suivre la procédure mise en place par le paragraphe 2, dans la mesure où il n'est pas ici question de réévaluer les dommages et intérêts compensatoires à la lumière de ce dont le demandeur a réellement besoin, mais simplement d'évaluer les dommages et intérêts punitifs à l'aune des critères utilisés par l'Etat requis. Bien évidemment, l'utilisation des termes « au moins » montre que le tribunal requis n'est pas obligé de se plier à ses propres limitations.

### *Paragraphe 2*

Le paragraphe 2 concerne la reconnaissance de dommages et intérêts compensatoires qui sont considérés comme manifestement excessifs par le tribunal requis. Ici encore, le terme « reconnaissance » doit inclure l'exécution. L'utilisation du terme « manifestement » montre que le pouvoir de réduire l'exécution d'un jugement émanant d'un Etat contractant doit n'être exercé que dans des circonstances exceptionnelles. Une simple divergence sur le quantum des dommages alloués ne suffit pas ; la disposition vise à s'appliquer à ces dommages et intérêts qui suscitent parfois l'intérêt des médias internationaux, comme par exemple l'allocation de plusieurs millions de dommages et intérêts reçus par une femme ébouillantée par du café chaud échappé d'une tasse fêlée. De telles décisions sont cependant rares et fréquemment réformées en appel<sup>198</sup>. De plus, de nombreux garde-fous visant à sauvegarder les intérêts légitimes du créancier sont prévus.

Ce texte ne traite pas expressément de la question de la reconnaissance des dommages et intérêts compensatoires en cas de divergence des lois nationales sur le sujet, par exemple, et tout particulièrement, sur le *pretium doloris* ou les dommages économiques futurs. Toutefois, il résulte implicitement de l'article 33 que le tribunal requis doit exécuter un jugement qui alloue des dommages et intérêts compensatoires, quand bien même ces dommages et intérêts auraient été alloués sur un fondement inconnu du droit de ce tribunal, sauf à être « manifestement excessifs » au sens du paragraphe 2.

### *Lettre a)*

Cette disposition pose les conditions qui doivent être respectées pour que le tribunal requis puisse réduire le montant des dommages et intérêts alloués par le jugement dont l'exécution est recherchée.

---

<sup>198</sup> V. *Doc. prélim.* No 4, annexe IV.

La demande de réduction du montant des dommages et intérêts dont l'exécution est recherchée doit être présentée par le débiteur, à qui il revient de convaincre le tribunal requis que compte tenu des circonstances de la cause, y compris celles existant dans l'Etat d'origine, les dommages et intérêts accordés sont manifestement excessifs. Le créancier doit avoir eu la possibilité d'être entendu sur cette question.

Bien que les recherches imposées par le paragraphe 2 conduisent, dans une certaine mesure, à réexaminer la solution de fond adoptée dans la décision rendue par le tribunal d'origine, cette situation devrait être enserrée dans de strictes limites. Il ne devrait pas être nécessaire d'ouvrir à nouveau la discussion sur les constatations de fait et les raisonnements juridiques du tribunal d'origine portant sur la question de la responsabilité ou de l'étendue du dommage subi ou susceptible d'être subi par la victime. Le tribunal requis ne doit pas non plus réduire le montant des dommages et intérêts dont l'exécution est recherchée uniquement parce qu'ils visent à réparer des dommages qui n'auraient pas été susceptibles d'être réparés dans le droit de l'Etat requis, comme le *pretium doloris*. Ce paragraphe concerne exclusivement la question de la quantification des dommages et intérêts. La référence aux « circonstances en ce compris celles existant dans l'Etat d'origine » vise à attirer l'attention sur le fait que la question ne doit pas être déterminée uniquement par comparaison avec les solutions qui seraient mises en œuvre par le tribunal requis dans un procès interne fondé sur des faits similaires. Si, dans l'Etat d'origine, le coût de la vie est supérieur, particulièrement en ce qui concerne les frais médicaux, et si l'accès au bénéfice de la sécurité sociale est beaucoup plus limité que dans l'Etat requis, le tribunal requis doit tenir compte de ces facteurs, particulièrement si le créancier est susceptible de continuer à résider dans l'Etat d'origine et devra faire face à ces dépenses. De plus, en application du paragraphe 3, il faudra prendre en considération le fait que les dommages et intérêts alloués pourront avoir été augmentés pour tenir compte des frais et dépens que devra payer le demandeur. D'une façon générale, les termes « manifestement excessifs » doivent s'interpréter à l'aune des solutions généralement mises en œuvre dans l'Etat d'origine. Il est tout à fait évident que le tribunal requis sera convaincu d'intervenir s'il est établi que le montant alloué est largement supérieur à celui qui est en général alloué dans l'Etat d'origine dans des circonstances analogues. En revanche, il ne devrait pas suffire de prouver que le montant alloué est largement supérieur à celui qui est en général alloué dans l'Etat requis dans des circonstances analogues.

#### *Lettre b)*

Si le tribunal requis est convaincu que les conditions posées par la lettre a) sont remplies, il peut réduire le montant des dommages et intérêts dont l'exécution est demandée. Le montant exact dépendra de ce que le tribunal requis estimera comme justifié dans les circonstances de l'espèce. Toutefois, ce texte pose une limite en deçà de laquelle le montant accordé par le jugement dont l'exécution est recherchée ne pourra pas être réduit. Cette limite est constituée par le montant qui aurait pu être accordé par les tribunaux de l'Etat requis dans les mêmes circonstances, en prenant en considération également celles existant dans l'Etat d'origine. En d'autres termes, il s'agit du montant qui n'aurait pas été considéré si déraisonnable ou injustifié, même après avoir tenu compte du coût de la vie plus élevé dans l'Etat d'origine, qu'une Cour d'appel de l'Etat d'origine aurait refusé de l'exécuter ou ordonné de le réduire.

Une délégation s'est interrogée sur les droits d'un créancier qui, après avoir vu son jugement partiellement reconnu dans un Etat contractant, en application de l'article 33, essaierait de recouvrer le reste dans un autre Etat contractant dont la politique juridique est moins stricte. Une proposition a été présentée, selon laquelle un créancier visant à recouvrer le reliquat devrait d'abord faire état des sommes déjà reçues. Cette proposition n'a pas été acceptée par la Commission spéciale, qui a estimé qu'un créancier dans cette position était libre de rechercher à recouvrer le reliquat devant un juge plus favorable, et que, de toute façon, en application du droit national de ce tribunal, il était peu probable qu'il obtienne un second recouvrement (voir la discussion menée ci-dessous sur l'article 34).

*Paragraphe 3*

Ce paragraphe, qui concerne à la fois les paragraphes 1 et 2, a déjà été analysé.

**Article 34 – Divisibilité**

L'article 34 permet au tribunal requis de reconnaître ou exécuter séparément une ou plusieurs parties d'un jugement rendu dans un Etat contractant, pour autant que ces parties sont dissociables du reste du jugement. Une telle solution peut être utile dans de nombreux cas. L'exemple le plus évident est le cas où une partie du jugement n'est pas susceptible de reconnaissance ou d'exécution, parce qu'elle n'entre pas dans le champ d'application de la Convention, parce qu'elle est contraire à l'ordre public ou parce qu'il s'agit de mesures provisoires qui ne bénéficient pas de l'autorité de la chose jugée ou encore ne sont pas exécutoires dans l'Etat d'origine. Il peut aussi arriver que seule une partie du jugement concerne l'Etat requis. Enfin, un jugement qui n'est pas susceptible d'être exécuté peut toujours être invoqué par le biais de l'autorité de chose jugée. Il revient au droit national de décider quelle procédure s'applique pour invoquer une ou plusieurs parties du jugement (voir ci-dessus l'article 30).

A la différence de ce qui figure à l'article 42, paragraphe 2, des Conventions de Bruxelles et de Lugano, aucune disposition ne concerne expressément l'exécution partielle, qui peut être utile dans d'autres cas que celui déjà décrit à propos de la mise en œuvre de l'article 33(2)(b). Cela ne résulte pas de l'article 34 dans sa rédaction actuelle. Une telle extension permettrait au tribunal requis de retrancher une fraction de la somme allouée par un jugement, parce qu'elle a déjà été payée par le débiteur, ou recouvrée par le créancier, pour ne garder que le montant qui reste dû.

La question de la divisibilité est en principe une question pratique, qui dépendra du point de savoir s'il est possible de n'exécuter qu'une partie du jugement et non l'autre sans modifier en profondeur les obligations des parties. Si cette question pose des problèmes juridiques, ceux-ci devront être résolus par application de la loi de l'Etat requis.

**Article 35 – Actes authentiques***Paragraphe 1 à 3*

L'inclusion dans la Convention des actes authentiques a soulevé bien de problèmes au sein de la Commission spéciale. La notion d'acte authentique n'étant pas connue de tous les systèmes juridiques, les délégations ont beaucoup hésité avant d'adopter une disposition commune à ce sujet, qui aurait pu rencontrer des difficultés lors de sa mise en œuvre, compte tenu aussi de ce que les conditions auxquelles leur reconnaissance doit être soumise ne peuvent pas être les mêmes que pour les jugements. Malgré ces problèmes, l'intérêt qu'il peut y avoir dans la pratique du crédit et du commerce de faire constater une créance par acte authentique pour le mettre ensuite à exécution, ainsi que la considération que l'extranéité de tels actes à un système juridique ne fait pas nécessairement obstacle à la possibilité de les reconnaître et d'y donner exécution dans le cadre de ce système,<sup>199</sup> ont conduit à l'inclusion d'une disposition en la matière, bien qu'accompagnée de limitations.

---

<sup>199</sup> Ainsi que le montre le précédent des Conventions de Bruxelles et de Lugano, conclues entre Etats dont quelques-uns ne connaissent pas la notion d'acte authentique, sans que cela les ait empêchés d'accepter un texte conventionnel qui contient une disposition à cet égard (article 50).

Selon le premier paragraphe de l'article 35, en effet, la Convention ne s'applique pas directement à la reconnaissance et à l'exécution des actes authentiques reçus dans les autres Etats contractants. Son applicabilité est soumise à une déclaration que chaque Etat contractant pourra faire de les exécuter, sous réserve de réciprocité. Une obligation de les reconnaître et de les exécuter n'existera par conséquent que pour les Etats qui auront fait une telle déclaration. Bien qu'elle soit susceptible de limiter sensiblement l'applicabilité de la Convention en la matière, la solution retenue a été jugée préférable à l'exclusion complète du domaine de la Convention, car elle permet de définir les actes authentiques, ce qui pourrait se révéler important également pour les Etats qui, tout en ne connaissant pas cette notion juridique, accepteraient de les reconnaître et de les exécuter.

Le deuxième paragraphe décrit les éléments essentiels de l'acte authentique, en précisant qu'il doit avoir été établi par une autorité publique ou par une personne déléguée par l'autorité publique. En outre, il ne suffit pas que l'authentification porte sur la signature. Afin que l'acte puisse être considéré authentique, il est nécessaire que l'authentification porte également sur son contenu.

Le troisième paragraphe concerne les conditions et la procédure pour la reconnaissance et l'exécution. Au lieu de les préciser en détail, il se borne à renvoyer d'une façon générale aux dispositions du chapitre sur la reconnaissance et l'exécution, en les déclarant applicables en tant que de besoin. Ce sera donc aux autorités chargées de la reconnaissance et de l'exécution d'identifier les règles en matière de conditions et de procédure qui demeurent applicables aux actes authentiques. La question d'une description directe de ces conditions et procédures a été toutefois réservée par la Commission spéciale, qui a préféré garder ce paragraphe entre crochets.

### **Article 36 – Transactions**

Le terme anglais « *settlements* » utilisé dans cette disposition est l'équivalent du terme français « transactions ». Il s'agit d'un mécanisme bien connu des pays de tradition romano-germanique, qui n'a pas de contrepartie directe dans les pays de *common law*. La « transaction judiciaire » a été définie comme un contrat conclu devant le juge par lequel les parties mettent fin au litige moyennant des concessions réciproques<sup>200</sup>. Elle doit être distinguée de la technique utilisée dans les pays de *common law* dans le même but, consistant à demander à un tribunal de prononcer un « *consent order* », par lequel il consent à rendre une décision sur des points ayant fait l'objet d'un accord entre les parties. Une telle pratique donne lieu à un véritable jugement au sens de l'article 23. La force obligatoire d'une transaction découle de l'accord des parties, non de l'autorité du tribunal, qui ne peut pas statuer sur les questions tranchées par la transaction<sup>201</sup>. Pour autant, il ne s'agit pas d'une transaction extrajudiciaire dont le tribunal serait simplement informé. Il s'agit bien d'un acte judiciaire, rédigé devant un juge qui à la différence des « *consent orders* », ne transforme pas l'accord en décision judiciaire émanant directement de l'autorité du tribunal. Dans la mesure où il s'agit d'une institution fondamentale des pays de tradition romano-germanique, qui remplit la fonction des « *consent orders* », une disposition spécifique est nécessaire pour prévoir l'exécution de telles transactions. Dans la mesure où la transaction est avant tout consensuelle, il est inutile de soulever la question de la compétence au sens du chapitre II. Cependant, l'obligation de reconnaître ou d'exécuter n'existera que si la transaction a été homologuée par le tribunal d'un Etat contractant.

<sup>200</sup> GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2<sup>nd</sup>e édition, chap. 4, spéc. p. 417, p. 308.

<sup>201</sup> V. CJCE, 2 juin 1994, *Solo Kleinmotoren GmbH c. Emilio Bach* (C 414/92), *Recueil des arrêts* 1994 I. 2237.

Les conditions posées par les paragraphes 2 et 5 de l'article 25 s'appliquent à cette hypothèse. Si, comme tel peut être le cas dans certains pays, une transaction n'a pas d'autorité de chose jugée dans le pays dans lequel elle a été conclue, elle ne peut être reconnue dans un autre Etat contractant<sup>202</sup>. Si elle en bénéficie, elle peut être invoquée pour s'opposer à ce qu'une nouvelle action entre les mêmes parties, sur le même objet et pour la même cause soit entamée. De la même façon, pour être déclarée exécutoire dans l'Etat requis, la transaction doit être exécutoire dans l'Etat où elle a été conclue. L'utilisation des termes « déclarées exécutoires ou enregistrées aux fins d'exécution » renvoie à la procédure par laquelle l'Etat requis peut rendre exécutoire la transaction, en application de son droit commun comme l'établit l'article 30.

## CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GENERALES

### *Article 37 – Rapport avec d'autres Conventions*

La Commission spéciale n'a pas formulé de disposition sur les relations de la Convention avec d'autres conventions internationales, bien que plusieurs aspects de ce problème aient été discutés aux cours de ses différentes sessions. La question présente de nombreux volets délicats, non seulement en raison du nombre et de la variété des conventions multilatérales et bilatérales existant en matière de reconnaissance et d'exécution de jugements, mais surtout du fait que certaines d'entre elles ont une nature particulière, notamment la Convention de Bruxelles de 1968. Celle-ci s'insère dans un processus d'intégration régionale qui conduit à modifier la structure en la transformant en un acte communautaire.<sup>203</sup> Ces considérations impliquent que le problème ne peut pas être abordé dans les termes traditionnels des relations entre conventions de type classique et demande une approche nouvelle qui tienne compte de la situation particulière qui caractérise le réseau de conventions simples et doubles en matière de reconnaissance et d'exécution de jugements. Des propositions ont été présentées par des délégations à la Commission spéciale qui, n'ayant pu les examiner d'une façon suffisamment approfondie, a décidé de les reproduire en annexe à l'avant-projet de Convention, sans se prononcer à leur égard. Sans faire une présentation détaillée des trois propositions qui figurent en annexe, qui ne peut qu'être faite par leurs auteurs, ou procéder à une discussion exhaustive, qui doit être laissée à la Conférence diplomatique, on peut néanmoins indiquer brièvement les différentes approches qui les caractérisent.

La première proposition se fonde sur le principe de la priorité des autres instruments internationaux sur la Convention, sauf manifestation de volonté contraire des Etats qui sont parties à de tels instruments. Toutefois, la Convention aurait priorité sur les autres instruments internationaux dans la mesure où ces derniers adoptent des fors exorbitants interdits par l'article 18, ce qui obligerait par exemple les Etats parties aux Conventions de Bruxelles et de Lugano à ne pas appliquer leur article 4 aux défendeurs domiciliés dans des Etats parties à la Convention de La Haye. Dans la notion d'instruments internationaux seraient naturellement compris les instruments qui ne sont pas des conventions internationales au sens propre, à savoir les lois uniformes adoptées dans le cadre d'une intégration régionale ou les instruments adoptés au sein d'une communauté d'Etats.

<sup>202</sup> Sur le droit allemand, v. GREIMER, *Internationales Zivilprozeßrecht* 1997, Rz 2864, p. 715.

<sup>203</sup> V. la proposition de règlement présentée par la Commission au Conseil le 14 juillet 1999, doc. COM (1999) 348 final, actuellement en discussion.



La deuxième proposition qui figure en annexe part de l'idée que deux dispositions sont nécessaires pour régler ce problème. L'une, dont le texte n'est pas encore disponible, rédigée peut-être dans des termes classiques, régirait d'une manière générale l'ensemble des relations avec les autres conventions internationales. L'autre, qui est présentée d'une façon détaillée, serait destinée à régir les rapports avec les instruments européens, englobant dans cette expression la Convention de Bruxelles, le Règlement communautaire et la Convention de Lugano. Un Etat soumis à un instrument européen devrait donner priorité à cet instrument dans son domaine d'application et l'appliquer au lieu de la Convention. Toutefois, lorsque le défendeur n'est pas domicilié dans un Etat soumis aux instruments européens, cette priorité des instruments européens ne serait absolue que pour ce qui concerne les dispositions sur les compétences exclusives, la prorogation volontaire de compétence, la litispendance et la connexité, et les compétences de protection ; en dehors de ces cas, les articles 3, 5 à 11, 14 à 16 et 18 de la Convention de La Haye seraient applicables. Enfin, même lorsque le défendeur est domicilié dans un Etat soumis aux instruments européens, les tribunaux d'un tel Etat devraient de toute façon appliquer : a) l'article 4 de la Convention si le tribunal élu est un Etat tiers ; b) l'article 12 de la Convention si le tribunal que cet article indique comme exclusivement compétent est situé dans un Etat tiers ; et c) les articles 21 et 22 de la Convention si le tribunal en faveur duquel la procédure est suspendue ou la compétence déclinée est situé dans un Etat tiers. La proposition vise à mettre en lumière en détail les aspects pour lesquels une coordination entre la Convention et les instruments européens est nécessaire et à trouver un équilibre entre les exigences de l'une et des autres. Une description détaillée des critères de coordination a également la finalité de fournir aux autorités qui devront faire application de la Convention et des instruments européens une clé de lecture plus simple que celle qui résulterait d'une disposition formulée en termes généraux.

La troisième proposition reproduite en annexe vise les relations entre la Convention et d'autres instruments internationaux pour ce qui est de la reconnaissance et l'exécution des jugements. Elle pose le principe que les jugements rendus par les tribunaux d'un Etat contractant de la Convention, fondés sur une compétence prévue par un autre instrument international devrait être reconnus dans les autres Etats contractants de la Convention qui seraient également parties à l'autre instrument. Cette règle ne s'appliquerait pas aux Etats qui auraient fait la réserve de ne pas être soumis à une telle disposition, totalement ou à l'égard d'instruments déterminés.

Ainsi qu'on l'a indiqué plus haut, la Commission spéciale n'a pas pris de position sur ces propositions, en laissant toute détermination à la Conférence diplomatique, qui devra se prononcer en la matière, tenant compte du fait que la disposition ou les dispositions à adopter devront régler les relations entre la Convention et d'autres instruments internationaux sous l'angle tant de la compétence internationale directe que de la reconnaissance et l'exécution des jugements.

### ***Article 38 – Interprétation uniforme***

Depuis le tout début des discussions sur une éventuelle Convention sur la compétence et la reconnaissance des jugements étrangers, il a été reconnu que l'uniformité d'interprétation de cette Convention était une question de la plus haute importance. A défaut d'une telle uniformité, le risque d'interprétations nationales divergentes augmenterait et l'espoir de parvenir à des solutions certaines et prévisibles s'évanouirait. Dans le Document de travail No 94, les co-rapporteurs ont présenté un document contenant plusieurs propositions permettant de parvenir à une certaine uniformité. Ces propositions forment le socle des articles 38, 39 et 40.

Le paragraphe 1 de l'article 38 est une disposition non controversée qui apparaît déjà dans d'autres Conventions de La Haye, par exemple dans l'article 16 de la Convention

de La Haye de 1986 sur la loi applicable à la vente internationale de marchandises. Une disposition analogue peut être trouvée dans l'article 7(1) de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Une telle disposition est sans doute de nature incantatoire et n'ajoute guère aux obligations déjà existantes selon lesquelles une convention internationale doit être interprétée de façon cohérente et unifiée. Toutefois, elle devrait encourager les tribunaux nationaux à adopter des définitions autonomes de termes tels que « civil et commercial », ou « résidence habituelle ». Elle devrait aussi permettre d'éviter la tentation de ne définir qu'à l'aide des concepts du droit interne des catégories telles que « contrat » ou « délit ».

Le paragraphe 2 de l'article 38 trouve son inspiration dans la disposition passablement diffuse de l'article premier du second Protocole de la Convention de Lugano, dont les Etats parties, tiers à l'Union européenne, ont ceci de commun avec les futurs Etats parties à la Convention de La Haye, que se pose à eux le même problème, lié à l'absence d'une Cour commune susceptible d'interpréter la Convention. Le paragraphe 2 pose une obligation positive, qui est celle de tenir dûment compte de la jurisprudence des autres Etats contractants. Cette obligation ne forcera pas les tribunaux des Etats contractants à appliquer celles des décisions étrangères qu'ils estiment mauvaises, mais, en gardant à l'esprit la disposition du paragraphe 2, ils devraient au moins hésiter à parvenir à des conclusions opposées à celles auxquelles sont parvenues les décisions rendues dans d'autres Etats contractants. Elle les oblige aussi à prêter attention à ces décisions et à ne pas se contenter de statuer en référence à la jurisprudence locale.

### **Article 39**

L'ensemble de l'article 39 figure entre crochets pour être discuté à nouveau lors de la Conférence diplomatique, bien que les paragraphes 1 et 2, au moins, ne posent pas de problème nouveau.

Le paragraphe 1 reconnaît l'importance d'un échange d'information portant sur les décisions pertinentes ou sur toute information utile. Sans cet échange d'information, l'article 38 pourrait ne pas fonctionner correctement, et l'objectif d'interprétation uniforme deviendrait sans objet. Le Bureau Permanent procède depuis longtemps à une collecte d'information sur la jurisprudence des Etats contractants, tout particulièrement pour la Convention de 1980 sur l'enlèvement d'enfants. Il prépare actuellement une base de données des décisions rendues en application de cette Convention, grâce à l'aide de généreux donateurs. Dans le but de réduire la charge de travail des Etats contractants, l'obligation de fournir des informations a été limitée aux décisions pertinentes. Il ne s'agirait certainement pas de toutes les décisions rendues en application de la Convention. Cette précision étant faite, il ne semble pas que la disposition contenue dans le paragraphe 1 ait soulevé d'opposition de la part de la Commission spéciale.

Le paragraphe 2 répète une particularité qui peut être trouvée dans la plupart des récentes Conventions de La Haye. A plusieurs reprises, des Commissions spéciales ont été convoquées pour examiner le fonctionnement de Conventions, telles que la Convention sur l'enlèvement d'enfants ou la Convention sur l'adoption internationale. Aucune délégation n'a suggéré qu'un examen régulier du fonctionnement de la Convention sur la compétence et la reconnaissance des jugements étrangers ne soit pas nécessaire ou souhaitable. On peut ajouter qu'un tel examen serait même d'une importance vitale.

Le paragraphe 3 concerne la nécessité d'une « Convention évolutive », dont les termes pourraient être amendés dans le but de régler de nouveaux problèmes, liés par exemple à l'émergence de nouvelles techniques de communication ou de commerce qui ne sont pas encore envisageables aujourd'hui ou ne sont pas suffisamment mûres pour faire l'objet d'une réglementation. Une telle solution permettrait aussi de rectifier les défauts ou les omissions de la Convention au fur et à mesure qu'ils apparaissent. Le paragraphe a donné lieu à une controverse courtoise,

lorsqu'un expert s'est interrogé sur le point de savoir si la Commission spéciale chargée de cette révision aurait le pouvoir de faire des recommandations et de proposer des modifications ou une révision de la Convention. Notons que l'article 7 du Statut de la Conférence est rédigé en termes très larges, permettant la convocation de Commissions spéciales en vue d'élaborer des projets de conventions ou d'étudier toute question de droit international privé. De l'étude de cette disposition, il résulte que la Commission spéciale pourrait faire des recommandations, voire préparer des projets d'amendements ou de protocoles additionnels aux conventions, comme elle l'a déjà fait par le passé.

#### **Article 40**

L'article 40 pose une question plus difficile qui devra être abordée par la Session diplomatique. La proposition visant à constituer des panels d'experts qui, à la demande des parties ou du tribunal d'un Etat contractant, formuleraient des recommandations dépourvues de caractère obligatoire sur l'interprétation de la Convention, a été faite au début du travail de la Commission spéciale<sup>204</sup>. La suggestion a ensuite été reprise et développée dans la proposition B du document présenté par les co-rapporteurs dont il a déjà été fait mention. Ils ont fortement suggéré à la Commission spéciale de considérer cette proposition, qui constitue l'une des meilleures méthodes pour parvenir à une interprétation uniforme de la Convention. Malheureusement, le temps a manqué pour que les Commissions spéciales de 1999 accordent à cette proposition autant d'attention qu'auraient souhaité les co-rapporteurs. Dès lors, l'article 40 a été laissé entre crochets pour que la question soit étudiée et discutée lors des consultations nationales. Si la proposition de constituer un panel est soutenue et approuvée, le délai inévitable entre l'approbation de l'avant-projet lors de la Conférence diplomatique et l'entrée en vigueur de la Convention pourrait être mis à profit pour rédiger un protocole facultatif.

Lors de la Session d'octobre 1999, aucune discussion de fond n'a été menée sur cet article. Un expert a soulevé une forte objection à cet article, même entre crochets, fondée sur le fait que la constitution d'un panel d'experts détachés de tout contrôle par les juridictions nationales s'apparenterait à un véritable outrage à la cour (« *contempt of court* ») dans son pays et serait contraire au principe d'indépendance du pouvoir judiciaire posé par la Constitution de son pays. Il se peut en effet que dans certains Etats, une difficulté constitutionnelle se pose dans l'hypothèse où un tribunal demanderait l'opinion d'experts sur l'interprétation de la Convention, même si cette opinion ne lie pas le tribunal auteur de la requête. Il s'agit là manifestement d'une question qui doit faire l'objet d'une discussion plus approfondie. Toutefois, comme l'indique le paragraphe 2, la proposition n'envisage qu'un protocole facultatif. Un Etat dans lequel des problèmes constitutionnels risqueraient de surgir sur ce point ne serait pas obligé d'adhérer à ce protocole.

## **CHAPITRE V – CLAUSES FINALES**

### **Article 41 – Clause fédérale**

L'avant-projet de Convention ne contient pas de clause fédérale. Celle-ci devra être rédigée lors de la Session diplomatique. En réalité, le terme « clause fédérale » est malheureux, dans la mesure où la question de la répartition des compétences

---

<sup>204</sup> V. KESSEDIAN C., *Doc. prélim.* No 7, paragraphe 200.

législative et juridictionnelle peut se poser dans de nombreux Etats qui n'ont pas de structure fédérale. Plusieurs questions devront être abordées :

1 *Forme de la clause permettant la ratification par certaines mais non toutes les unités territoriales constituant un Etat donné*

Cette clause est traditionnellement placée avec les clauses finales.

Les Conventions de La Haye depuis 1970 ont toujours prévu une disposition par laquelle un Etat comportant deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des règles juridiques différentes sont applicables à la question traitée par la Convention peut déclarer que la Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à certaines d'entre elles. Fréquemment, la formulation utilisée permet une modification ultérieure de la déclaration faite à l'origine<sup>205</sup>. L'application de cette clause n'est pas limitée aux Etats ayant une structure fédérale : elle peut s'appliquer à des Etats, comme le Royaume-Uni ou la Chine qui, sans être des Etats fédéraux contiennent des unités territoriales possédant des systèmes juridiques différents. Une version modifiée de cette clause traditionnelle a été proposée lors de la Commission spéciale d'octobre 1999 dans le Document de travail No 312, variante 1.

Il est rarement fait usage de la possibilité de n'adopter la Convention que pour des entités territoriales particulières. La plupart des Etats fédéraux ou multi-étatiques préfèrent ratifier ou adhérer pour l'ensemble de l'Etat, après, sans aucun doute, consultation des autorités provinciales ou étatiques. Mais pour les Etats qui l'utilisent, il s'agit d'une importante opportunité, et il n'a jamais été suggéré de la supprimer.

2 *Clause de répartition*

Une telle clause, si elle devait être adoptée, serait placée parmi les clauses générales.

Une autre clause qui est apparue dans les Conventions de La Haye est une clause de répartition par laquelle l'utilisation de concepts tels que la « résidence habituelle dans l'Etat contractant » doivent se lire comme visant l'unité territoriale de cet Etat dans lequel la personne en cause est habituellement résidente. Ainsi, pour les Etats-Unis, l'utilisation de la notion de résidence habituelle dans un Etat contractant doit être comprise comme visant la résidence habituelle en Californie uniquement si la personne en question est habituellement résidente dans cet Etat. Une forme très extensive de clause distributive peut être trouvée dans la Convention de 1996 sur la protection des enfants. Une formulation bien plus simple, concernant il est vrai uniquement des questions de conflit de lois, se trouve dans l'article 19 de la *Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation*.

Il est indubitable qu'un problème se pose pour les Etats qui comprennent plusieurs unités territoriales ayant chacune son système juridictionnel. Est-ce qu'un demandeur, qui souhaite par exemple attirer en justice un défendeur habituellement résident en Californie, peut saisir un tribunal de New York en arguant que l'unité territoriale pertinente de la Convention est l'ensemble des Etats-Unis et non pas simplement la Californie ? La réponse doit être négative, dans la mesure où une telle solution perturberait gravement les règles internes de compétence, ce qui pourrait mettre en péril les chances de ratification de la Convention. Pourtant, la Commission spéciale a rejeté une proposition visant à désigner « le lieu » de la résidence habituelle ou de tout autre facteur de rattachement, et lui a préféré la référence à « l'Etat ».

Une solution serait d'adopter une clause de répartition, dans le sens qui vient d'être expliqué. Mais une telle solution constituerait, au moins pour les Etats ayant plusieurs systèmes juridictionnels, un recul par rapport à la décision de la Commission spéciale.

---

<sup>205</sup> V. l'article 23 de la *Convention du premier juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps*.

Plus important, la solution risquerait de conduire à d'autres difficultés, dans la mesure où dans la plupart des Etats fédéraux, des systèmes juridictionnels fédéraux coexistent avec d'autres systèmes juridictionnels étatiques ou provinciaux. Pour les tribunaux fédéraux, une référence aux unités territoriales ne serait pas adaptée.

### 3 *Référence à la loi interne de l'Etat contractant*

Une telle clause, si elle devait être adoptée, serait placée parmi les clauses générales.

Même sans une telle clause, il est probable qu'un demandeur potentiel souhaitant entamer une action contre un défendeur habituellement résident dans un Etat contractant multi-juridictionnel ou recherchant la compétence sur la survenance d'un fait ou l'existence d'une succursale dans cet Etat devra se plier aux règles internes de répartition de la compétence. Comme on a déjà pu le remarquer, la Convention ne peut envisager de remplacer les règles internes de répartition des compétences au sein de chaque Etat. C'est précisément pour cette raison que la Commission spéciale a préféré le terme « Etat » au terme « lieu », car l'adoption de ce dernier terme aurait pu conduire certains Etats à modifier ces règles internes. Lorsque la Convention désigne un tribunal ou les tribunaux d'un Etat particulier, il revient aux règles internes de cet Etat de déterminer quel est le tribunal compétent. La seule exception possible est celle du choix, conformément à l'article 4, de l'ensemble des tribunaux d'un Etat contractant (voir ci-dessus la discussion menée sur cette question).