

**DOCUMENT DE DISCUSSION DES QUESTIONS PORTÉES À
L'ORDRE DU JOUR DE LA COMMISSION SPÉCIALE DE JUIN 1999**

préparé par le Bureau Permanent

* * *

**ISSUES PAPER FOR THE
AGENDA OF THE SPECIAL COMMISSION OF JUNE 1999**

Prepared by the Permanent Bureau

*Document à l'intention de
la Commission spéciale de juin 1999 sur la question de la compétence, de la reconnaissance
et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*

*Document for the attention of
the Special Commission of June 1999 on the question of jurisdiction, recognition
and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters*

Bureau Permanent de la Conférence, Scheveningseweg 6, 2517 KT La Haye, Pays-Bas
Permanent Bureau of the Conference, Scheveningseweg 6, 2517 KT The Hague, Netherlands

DOCUMENT DE DISCUSSION DES QUESTIONS PORTÉES À L'ORDRE DU JOUR DE LA COMMISSION SPÉCIALE DE JUIN 1999

***NB: Les développements qui suivent s'organisent en fonction de l'agenda
proposé et ne suivent pas forcément l'ordre des articles***

Article premier Champ d'application matériel

Cinq questions demeurent en suspens:

- 1.1 Le Comité de rédaction a laissé entre crochets l'expression «et autres effets du mariage» à la suite de la catégorie «régimes matrimoniaux». La première question qui se pose est celle de savoir si, après avoir exclu l'état et la capacité des personnes, les obligations alimentaires et les régimes matrimoniaux, il existe d'autres effets du mariage qui devraient également être exclus. Si la réponse est positive et que les experts décident de conserver l'extension de l'exclusion aux autres effets du mariage, il conviendrait peut-être d'étendre cette exclusion à toute forme d'union, légalement admise. En effet, cette extension paraît désormais nécessaire en raison de l'évolution actuelle du partenariat enregistré ou autres formes d'unions déclarées dont l'essor récent a rempli l'actualité. Toutefois, on peut aussi penser que la Convention ne dise rien à cet égard, mais laisse aux Etats le soin d'admettre cette extension s'ils le souhaitent.
- 1.2 L'exclusion au *litt. h* est rédigée de manière différente des autres exclusions. En réalité, elle correspond à l'exclusion des matières administratives. L'idée, ici, est de préciser ce que l'on entend par «matières civiles et commerciales», c'est-à-dire de bien s'assurer que seules les matières de droit privé sont couvertes par la Convention. Or, la distinction entre droit privé et droit public n'est pas la même dans tous les systèmes juridiques. C'est pourquoi, on ressent la nécessité de préciser que certaines matières qui pourraient être parfois considérées comme faisant partie de la catégorie des matières civiles et commerciales doivent néanmoins en être exclues. C'est le cas des matières administratives, comme c'est d'ailleurs le cas des matières fiscales et douanières. Mais, pour ces dernières, la difficulté de frontière est moins grande.
- 1.3 Le Comité de rédaction a laissé entre crochets la question de savoir si l'on peut admettre, au titre de la Convention, un litige dont l'une des parties est une agence gouvernementale ou une émanation de l'Etat. Cette question a été abordée dans le Document préliminaire No 9, au No 7. Il convient de préciser ici que des agences gouvernementales, telles que des banques ou des institutions de financement publiques, peuvent avoir des créances de nature privée alors même qu'elles ont agi dans le cadre de leurs activités de service public. Ces litiges devraient pouvoir être inclus dans le champ d'application de la Convention tant pour la partie compétence juridictionnelle directe que pour la partie reconnaissance et exécution des jugements. En effet, ce qui importe, c'est la nature civile ou commerciale du litige, pas la personnalité des parties.

**ISSUES PAPER FOR THE AGENDA
OF THE SPECIAL COMMISSION OF JUNE 1999**

NB: The comments below are set out in the order of the proposed agenda, and not necessarily in the order of the articles

Article 1 Substantive scope

There are five outstanding issues:

- 1.1 The Drafting Committee left in square brackets the words “and other rights and obligations arising out of marriage” following the category of “matrimonial property regimes”. The first question to arise is whether, apart from the status and capacity of individuals, maintenance obligations and matrimonial regimes, there are other effects of marriage which should also be excluded. If the reply is affirmative and the experts decide that the exclusion should extend as it now does to the other effects of marriage, it should perhaps be extended to any kind of legally recognised union. In fact such an extension would appear to be necessary in view of the current evolution of the registered partnership and other openly declared unions, much reported recently in the press. However, it is also possible that the Convention should be silent on this matter, leaving States free to accept this extension if they wish to do so.
- 1.2 The drafting of the exclusion in sub-paragraph (h) differs from the others, and would have the effect of excluding administrative matters. The intention here is to make clear what is meant by “civil and commercial matters”, *i.e.*, to ensure that the Convention applies only to private law matters. But the distinction between private and public law is not the same in all legal systems. Consequently, it is thought necessary to specify that certain matters which could sometimes be considered as belonging to the category of civil and commercial matters must nevertheless be excluded from it. This applies to administrative matters, and also to tax and customs matters, although in these instances it is not so difficult to draw the dividing line.
- 1.3 The Drafting Committee left in square brackets the question whether the Convention should cover a dispute where one of the parties is a governmental agency or other governmental instrumentality. This question was touched upon in Preliminary Document No 9, in paragraph 7. It should be made clear here that government agencies, such as banks or public financial institutions, may have credits of a private character even though they acted in the context of their public service activities. Such disputes ought to be eligible for inclusion within the scope of the Convention, both as regards direct jurisdictional competence and for the part dealing with the recognition and enforcement of judgments. What counts here is the civil or commercial nature of the dispute, not the personality of the parties.

- 1.4 La nature de la juridiction saisie d'un litige pose parfois des difficultés compte tenu de la structure des ordres judiciaires différente selon les pays. Le Comité de rédaction s'était posé la question de savoir si cette disposition ne devait pas être limitée au seul chapitre de la reconnaissance ou de l'exécution. Il semblerait que, au contraire, on ait besoin de cette disposition tant dans la partie compétence que dans la partie reconnaissance et exécution. Pensons ici, par exemple, au système des pays nordiques qui privilégient souvent des autorités parajuridictionnelles pour régler les différends, autorités dont les compétences et les décisions devraient être régies par la Convention.
- 1.5 Enfin, à la suite des discussions de novembre 1998, on doit s'interroger sur le point de savoir si l'on ne doit pas exclure les actions civiles fondées sur une violation des Droits de l'Homme (droits fondamentaux de la personne), compte tenu des éléments d'information contenus dans le Document de travail No 117.

Article 3 For du défendeur

- 3.1 Une première question est immédiatement posée par la rédaction de l'article 3 du Document de travail No 144 concernant le choix entre une compétence générale ou une compétence spéciale au sens indiqué dans le Document préliminaire No 7 (Nos 76 à 78), le Document préliminaire No 8 (No 6) et le Document de travail No 38). Cette question ayant été mise à l'ordre du jour plus tard dans les discussions, nous proposons de reporter celle-ci à ce moment-là (voir le point de l'ordre du jour concernant les compétences générales et les compétences spéciales et la situation particulière des Etats fédéraux).
- 3.2 En ce qui concerne les personnes physiques, la seule question qui demeure en suspens est le point de savoir si l'on doit prévoir une règle résiduelle au cas où la résidence habituelle ne pourrait pas être déterminée. On comprend le souci de certains experts d'essayer d'éviter un «vide juridique» à supposer qu'un tel vide existât. On peut, cependant, dire que ces cas devraient être extrêmement rares et on doit peser les inconvénients que représente une règle résiduelle. Celle-ci, en effet, ouvre naturellement la porte à un contentieux supplémentaire suscité par le défendeur qui soutiendra ne pas avoir de résidence habituelle dans le territoire du juge saisi et ce, très souvent, de retarder l'issue du procès.
- 3.3 En ce qui concerne les sociétés, personnes morales ou autres entités juridiques, la terminologie utilisée dans le Document de travail No 144 montre qu'une hiérarchie est proposée entre l'administration centrale et le lieu de ce qui est appelé pour le moment «activité principale». Là encore, comme pour les personnes physiques, on peut se demander si en hiérarchisant les règles on n'entraîne pas un contentieux supplémentaire car le demandeur devra démontrer, avant de pouvoir saisir le tribunal de l'«activité principale» de l'entité juridique défenderesse qu'il n'a pas pu trouver le lieu de son administration centrale. Or, la hiérarchie n'est peut-être pas nécessaire dans la mesure où le choix d'une entité juridique de dissocier son administration centrale de son lieu d'«activité principale» est un choix qui lui appartient et doit pouvoir entraîner la conséquence que tout demandeur puisse l'attirer dans l'un ou l'autre lieu à sa convenance. Ceci paraît peut-être d'autant plus nécessaire que souvent, l'administration centrale existera dans un lieu où il n'y a pas ou peu de biens concrets sur lesquels le demandeur pourra exécuter le jugement s'il obtenait gain de cause. De plus, l'administration des personnes morales, de nos jours, est effectuée de plus en plus en ligne ou via e-mail, si bien qu'il devient impossible de déterminer «un» lieu d'administration centrale. En revanche,

- 1.4 The nature of the body exercising jurisdiction in a case sometimes raises difficulties, because of the differences in judicial systems from one country to another. The Drafting Committee discussed whether this provision should be confined to the chapter on recognition and enforcement. It would seem however that this provision is needed both in the jurisdictional part and in the part on recognition and enforcement. One might mention here, for instance, the system in the Nordic countries, which often give priority to quasi-judicial bodies in the settlement of disputes; the jurisdiction of these bodies, and their decisions, ought to be governed by the Convention.
- 1.5 Finally, following on from the discussions in November 1998, it must be decided whether or not to exclude civil actions based on a violation of human rights (fundamental rights of individuals), having regard to the information in Working Document No 117.

Article 3 Defendant's forum

- 3.1 An initial question arises immediately from the wording of Article 3 of Working Document No 144, on the choice between general and special jurisdiction, within the meaning stated in Preliminary Document No 7 (paragraphs 76 to 78), Preliminary Document No 8 (No 6) and Working Document No 38. As this question has been placed on the agenda for a later stage in the discussion, we intend to defer it to that point (see the agenda item on general and special jurisdiction and the special situation of federal States).
- 3.2 As for natural persons, the only outstanding issue is whether provision should be made for a residual rule in the event that it cannot be determined which is the habitual residence. We understand the concern felt by some experts to avoid a "legal vacuum", assuming such a vacuum exists. However, one may say that such cases will probably be extremely rare, and it is necessary to weigh up the disadvantages which would accrue from having a residual rule. Such a rule would naturally pave the way for further litigation, as the defendant could argue that he does not habitually reside in the territory of the court to which the case has been brought, and this will often cause delay in bringing the case to a conclusion.
- 3.3 As regards companies, legal persons or other legal entities, the language used in Working Document No 144 suggests a hierarchy between the central management and the place of what is called, for the time being, the "principal activity". Here again, as in the case of natural persons, one may ask whether the creation of a hierarchy among the rules will not result in additional litigation, since the plaintiff will have to show, before being allowed to bring his case to the court for the "principal activity" of the defendant legal entity, that he has been unable to identify the place where its central management is located. Such a hierarchy is perhaps unnecessary, in the sense that the decision by a legal entity to detach its central management from its "principal activity" is for it alone to make, and the consequence must be that any litigant can sue it in either place, whichever is preferred. This seems perhaps all the more necessary as the central management will often be located in a place where there are no or very few concrete assets against which the litigant can enforce the judgment if he wins the case. Moreover, nowadays the management of legal persons is increasingly

le lieu d'une activité principale doit pouvoir receler à la fois des biens matériels et éventuellement des biens immatériels sur lesquels l'exécution pourra être obtenue. Enfin, on devra s'interroger sur le point de savoir si l'on doit utiliser une nouvelle expression «activité principale» qui, pour le moment, en matière d'entité juridique n'a encore jamais été utilisée dans aucune Convention existante. L'expression consacrée jusqu'à maintenant est celle de «principal établissement». La notion d'établissement est une notion suffisamment claire et établie pour ne pas prêter à trop de difficultés d'interprétation. Certes, en matière d'insolvabilité, tant la Convention européenne que la loi type CNUDCI utilisent l'expression «centre des intérêts principaux» (art. 2, *b*, de la loi type CNUDCI – art. 3, 1 de la Convention européenne). Mais cette matière particulière requiert peut-être une terminologie spéciale que ne requiert pas le contentieux privé international.

Article 4 Election de for

- 4.1 La première question laissée en suspens concerne le point de savoir s'il est souhaitable d'adopter une politique libérale en matière de forme de la clause. Pour le moment, le Comité de rédaction a maintenu entre crochets la possibilité, pour le tribunal saisi de la validité d'une clause d'élection de for, d'admettre toute autre forme prévue par son droit national mais qui n'aurait pas été prévue par la Convention. Cette ouverture permet certainement une plus grande adaptabilité de la Convention à des formes que la pratique adopterait dans quelques années mais que les rédacteurs actuels du texte ne peuvent aujourd'hui imaginer. Toutefois, on peut craindre qu'un trop grand libéralisme ne soit pas suffisamment protecteur de l'échange de consentement réel et éclairé nécessaire pour conclure une clause d'élection de for.
- 4.2 En ce qui concerne la validité formelle des clauses d'élection de for conclues par voie électronique qui sont de plus en plus nombreuses, la disposition proposée à l'alinéa 2, *littera b*, va dans la bonne direction même si, au moins en français, la notion de «texte» est ambiguë dans ce contexte.
- 4.3 En ce qui concerne la réserve des fors de protection, il semble que la majorité des Etats représentés au sein de la Commission spéciale connaissent une politique de protection entraînant des règles strictes d'admission des clauses d'élection de for vis-à-vis des catégories de personnes à protéger (essentiellement les consommateurs et les travailleurs). Si cette politique stricte était adoptée par la Commission spéciale, il conviendrait de réserver les fors de protection dans l'article 4 consacré à l'élection de for en général et de prévoir des règles spécifiques d'admission des clauses d'élection de for dans les articles consacrés aux contrats avec les consommateurs et contrats de travail.
- 4.4 En ce qui concerne la réserve des fors exclusifs, à supposer que la Convention contienne de telles règles, il serait logique que l'élection de for soit interdite dans ces hypothèses afin de préserver la logique de la nature exclusive de ces fors.
- 4.5 Le Comité de rédaction a laissé entre crochets une règle complémentaire qui pourrait être instituée lorsque la clause d'élection de for désigne un tribunal d'un Etat non contractant. Le maintien des crochets montre que la Commission était très hésitante lors de la réunion de novembre 1998 sur la voie à prendre. Il est clair que les dispositions de la Convention ne lient pas un Etat non contractant et que cet Etat, bien que désigné par la clause, peut refuser l'effet

taking place on-line or via e-mail, so that it is becoming impossible to decide which is “the” place of the central management. On the other hand, the place of the principal activity is likely to contain both material assets and perhaps also non-material goods against which an order for enforcement can be obtained. Finally, it is important to decide whether the new term “principal activity” is the right one to use, since it has never yet appeared in a convention with reference to a legal entity. The traditional phrase is “principal establishment”. The concept of an establishment is sufficiently clear and familiar, and should not involve too many problems of interpretation. Admittedly, in the context of insolvency cases both the European Convention and the model UNCITRAL law use the term “centre of main interests” (Article 2 (b) of the model UNCITRAL law and Article 3 (1) of the European Convention). But this particular subject-matter perhaps calls for terminology of its own, which is not the case with contentious cases under private international law.

Article 4 Choice of court

- 4.1 The first question left outstanding is whether to take a liberal approach to the form of the clause. For the moment, the Drafting Committee has left in the brackets the option for the court dealing with the validity of a choice of court clause to allow any other form which may be provided in its national law but not in the Convention. If this is permitted, the Convention will certainly be much more readily adaptable to forms which may be adopted in practice in a few years time, but which cannot be foreseen by the present authors. However, the risk may be that too liberal an approach may fail to afford sufficient protection for the real and informed exchange of consent which is necessary in order to conclude a choice of court clause.
- 4.2 As regards the formal validity of choice of court clauses concluded in electronic form, which are increasingly frequent, the arrangement proposed in paragraph 2 (b) is in the right direction although, in French at least, the notion of a “text” is ambiguous in this context.
- 4.3 As regards the protective forum reservation, most of the States represented on the Special Commission seem to have a protective policy involving strict rules for admitting choice of court clauses *vis-à-vis* certain categories of protected persons (mainly consumers and workers). If this strict policy were to be adopted by the Special Commission, a reservation in respect of protective *fora* should be placed in Article 4, which deals with the choice of court in general, and specific rules governing the admission of choice of court clauses should be included in the articles dealing with contracts with consumers and employees.
- 4.4 As for the reservation of exclusive jurisdiction, if the Convention is to include such rules, it would be logical to debar a choice of court in these cases, to preserve the logic of the exclusive character of these jurisdictions.
- 4.5 The Drafting Committee left in square brackets a supplementary rule which could be made to apply where the choice of court clause designates a court of a non-Contracting State. The fact that the brackets were retained shows that the Commission, at its meeting in November 1998, was very doubtful which direction to take. It is clear that the Convention provisions do not bind a non-Contracting

prorogatoire de cette disposition contractuelle. Tout d'abord l'on peut noter à cet égard que la tendance actuelle, en droit comparé, est d'admettre un plus grand libéralisme dans la validité des clauses d'élections de fors. On peut donc penser que les cas dans lesquels un tribunal d'un Etat non contractant refusera d'exercer la compétence qui lui a été attribuée par les parties à un contrat seront relativement rares et ce, d'autant plus, que les parties auront normalement vérifié auparavant le droit de l'Etat dont elles prorogent la compétence et qu'elles auront vraisemblablement soigneusement évité de proroger la compétence d'un tribunal qui ne reconnaîtrait pas la validité de la clause. Dans les cas résiduels où une telle occurrence apparaîtrait, la disposition de l'article 4, point 5, apparaissant dans le Document de travail No 144 permet aux parties de revenir à un tribunal d'un Etat contractant lorsque l'Etat non contractant choisi a refusé sa compétence. Toutefois, la formulation pourrait être une formulation positive au lieu d'être une formulation négative. Les experts voudront peut-être considérer la formulation suivante: «Lorsqu'une telle convention désigne un tribunal ou des tribunaux d'un Etat non contractant et que ce tribunal ou ces tribunaux se sont déclarés incompétents, les tribunaux des Etats contractants peuvent se déclarer compétents en vertu des règles de la présente Convention».

4.6 La question de l'éventuelle exigence de liens suffisants entre le for choisi par les parties et le litige a soulevé beaucoup d'interrogations en novembre 1998. Le point de départ de la discussion pourrait être de savoir si l'on s'en remet à la seule volonté des parties, sachant que l'on aura protégé les parties faibles par une réserve et des règles spéciales pour elles, ou bien si l'on doit exiger des liens concrets et objectifs, indépendamment de la volonté des parties. Pour tous les Etats liés par les Conventions de Bruxelles et de Lugano, il n'est exigé aucun lien objectif en sus de la volonté des parties. Parmi ces Etats, rares sont ceux qui, dans leur droit commun, exigent un tel lien. La situation est peut-être différente aux Etats-Unis où les juges possèdent une beaucoup plus grande liberté et marge de manœuvres pour refuser le choix effectué par les parties. Dans les pays comme le Japon ou la Corée, il ne semble pas y avoir de précédent d'un juge dont la compétence a été prorogée par les parties et qui aurait refusé d'exercer une telle compétence. En revanche, on peut imaginer qu'un juge qui n'est pas celui prorogé par les parties puisse accepter néanmoins d'entendre l'affaire parce qu'il considère que la clause n'est pas valable. Mais ceci correspond à une hypothèse différente qui ne nous paraît pas pertinente pour la discussion sur le lien objectif. Par ailleurs, on ne doit pas oublier que le choix des parties peut se porter sur un tribunal neutre ou spécialisé, c'est-à-dire que la neutralité ou la spécialisation de ce juge correspond alors au seul lien objectif, si on peut l'appeler ainsi. Il semble donc que l'exigence d'un lien objectif constitue une complication supplémentaire injustifiée par rapport aux objectifs de la Convention et paraît nuisible à la sécurité juridique.

4.7 L'influence d'une clause d'élection de for sur la possibilité de demander des mesures provisoires ou conservatoires à un autre tribunal devra être étudiée. Il est vraisemblable que les parties n'aient pas forcément pensé à traiter de cette question dans leurs clauses d'élection de for. La Convention pourrait donc préciser que, sauf si les parties en ont décidé autrement, une clause d'élection de for n'empêche pas de demander des mesures provisoires ou conservatoires à un autre juge en vertu de la présente Convention.

State; such a State, even if designated by the clause, can deny the reach of the clause. First, one may note in this connection that the present trend in comparative law is towards greater liberality in the validity of choice of court clauses. It may therefore be thought that cases in which a court of a non-Contracting State refuses to exercise the jurisdiction attributed to it by the parties to a contract will be relatively rare, especially as the parties will normally have checked beforehand the law of the State for whose jurisdiction they are opting, and will probably have taken great care to avoid opting for the jurisdiction of a court which would not recognise the validity of the clause. In the few cases in which this might occur, the provision in Article 4, paragraph 5 of Working Document No 144 enables the parties to return to a court of the Contracting State if the non-Contracting State chosen has declined to exercise jurisdiction. However, the form of words chosen could be positive rather than negative. The experts could perhaps consider the following: "Where such an agreement designates a court or courts of a non-Contracting State and this court or these courts have declined jurisdiction, the courts of the Contracting States may accept jurisdiction under the rules of this Convention".

- 4.6 In November 1998 there was great uncertainty surrounding the question whether there should be a requirement for sufficient links between the forum chosen by the parties and the litigation. The starting-point of the discussion could be whether this is entirely a matter for the parties to decide, on the basis that weaker parties will enjoy the protection of a reservation and rules devised specially for them, or whether there should be a requirement for concrete objective links, regardless of the preferences of the parties. For all the States bound by the Brussels and Lugano Conventions, no objective link is required over and above the will of the parties. Among these States, not many insist on such a link in their own ordinary law. The situation is perhaps different in the United States, where the courts have much greater freedom and wider room for manoeuvre in rejecting the choice made by the parties. In countries such as Japan and Korea, there does not seem to be any instance of a court called upon by the parties to exercise jurisdiction actually declining to do so. On the other hand, it is conceivable that a court other than the one chosen by the parties may nonetheless agree to hear the case because it takes the view that the clause is not valid. But this is a different set of circumstances, and we do not think it is relevant to the discussion about the objective link. Moreover, it should not be forgotten that the choice of the parties may be for a neutral or specialised court, i.e., that the neutrality or special character of such a court will then be the only objective link, if it can be so called. It seems therefore that the requirement of an objective link is an additional complication which is not justified in the light of the Convention's aims and militates against legal certainty.
- 4.7 It is necessary to consider the impact of a choice of court clause on the possibility of requesting provisional or protective measures from another court. Most probably, the parties will not have thought of including this question in their choice of court clauses. The Convention could therefore spell out that, except where the parties have decided otherwise, a choice of court clause is no bar to requesting provisional or protective measures from another court under this Convention.

- 4.8 Appel en garantie: là encore, les parties ont rarement l'idée de prévoir une disposition à cet égard. Le débat se présente avec l'alternative suivante: d'une part, on peut penser que l'exclusivité de la compétence du for élu porte sur l'intégralité des litiges pouvant survenir entre les parties, que ces litiges soient de nature directe ou, au contraire, qu'ils soient de nature indirecte, tel l'appel en garantie. En réalité, une bonne administration de la justice peut militer en faveur de l'autre branche de l'alternative et permettre de passer outre la clause d'élection de for lorsque l'une des parties à cette clause est atraite dans un litige sous couvert d'un appel en garantie.
- 4.9 Intervention: les mêmes éléments de discussion que ceux mentionnés ci-dessus pour l'appel en garantie peuvent, *mutadis mutandis*, s'appliquer ici.

Article 5 *Comparution du défendeur*

- 5.1 Les Commissions spéciales précédentes n'ont pas encore discuté du point de savoir si la comparution du défendeur prime sur l'élection de for. On peut penser que si le défendeur se présente devant un tribunal saisi par le demandeur qui serait différent de celui désigné par la clause d'élection de for, cet accord de volonté tacite des parties, par hypothèse postérieure à la date de signature de la clause d'élection de for, devrait primer sur l'accord de volonté antérieur.
- 5.2 La question qui demeure en suspens à la suite de la réunion de novembre 1998 concerne le point de savoir si l'on doit préciser le moment auquel le défendeur perd son droit de contester la compétence. Une première voie pourrait être de ne rien dire, laissant chaque système libre de prévoir ses règles de procédure sur ce délai. En revanche, si une voie différente était prise, à savoir uniformiser ce délai par la règle conventionnelle, la formulation reste à trouver. Un texte qui renverrait purement et simplement au droit national, soit directement, soit comme le fait la variante 1 de l'article 5, point 2, au Document de travail No 144 ne servirait peut-être pas à grand-chose. En revanche, sans vouloir uniformiser par une règle stricte, on pourrait prévoir que le droit de contester la compétence doit être exercé dans un délai raisonnable à compter du début du procès. Cette règle que l'on pourrait qualifier de «droit mou» permet simplement de donner un signal à la fois aux plaideurs et au juge afin de leur donner une ligne directrice pour l'interprétation du droit national. Aller plus loin semble relativement difficile dans la mesure où la règle elle-même correspond plus à une règle de procédure qu'à une règle de compétence.
- 5.3 Une question n'a pas du tout été discutée, c'est le point de savoir si l'on doit réserver les éventuelles compétences exclusives qui apparaîtraient dans la Convention, autres que l'élection de for. On peut penser, en effet, que si l'on a jugé utile de créer des règles de compétence exclusive c'est que le critère de rattachement ne doit pas souffrir d'exception, surtout pas par la seule volonté des parties.

Article 6 *Contrats*

- 6.1 Les experts doivent conserver à l'esprit constamment le fait que la future Convention s'appliquera à une époque où les contrats conclus électroniquement et les contrats de prestation de service conclus et exécutés entièrement électroniquement seront devenus la règle et non pas l'exception. A cet égard, il

- 4.8 Warranty: here again, the parties rarely think of including a clause to cover this. There are two possible alternatives to discuss. On the one hand, it might be thought that the exclusive character of the jurisdiction of the chosen court extends to all disputes which may arise between the parties, whether these are direct in nature or indirect, such as the warranty. In fact, in the interests of justice it may be argued that the second alternative is better: to dispense with the choice of court clause when one of the parties to the clause is sued under a warranty.
- 4.9 Intervention: the same points for discussion as those mentioned above for the warranty may, *mutatis mutandis*, apply here.

Article 5 *Appearance by the defendant*

- 5.1 The previous Special Commissions have not yet discussed whether appearance by the defendant takes priority over the choice of court. It may be thought that if the defendant appears before a court seised by the plaintiff which is not the court designated in the choice of court clause, there is a tacit agreement between the parties, assumed to have occurred subsequently to the date of signature of the choice of court clause, which should take priority over the prior agreement.
- 5.2 The question remaining outstanding since the meeting of November 1998 is whether it is necessary to specify exactly when the defendant loses his right to contest jurisdiction. The first option could be to say nothing about this, and leave it to each system to devise procedural rules for the time limit. On the other hand, if a different option is chosen, and the time limit is standardised by means of a treaty rule, it will be necessary to find an appropriate form of words. A text which simply refers to national law, either directly or as in Variant 1 in Article 5, paragraph 2 of Working Document No 144, would not perhaps be very useful. On the other hand it would be possible, without seeking to impose uniformity through a strict rule, to provide that the right to contest jurisdiction must be exercised within a reasonable lapse of time from the beginning of the proceedings. This rule, which could be described as "soft law", is simply a means of giving to the litigants and to the court a guideline for interpreting national law. To go further than this seems to be rather problematic, since the rule itself is more procedural than jurisdictional in character.
- 5.3 One question which has not been discussed at all is whether reservation should be made for any exclusive forms of jurisdiction covered by the Convention, other than the choice of court. It may in fact be thought that the reason for creating rules of exclusive jurisdiction is that the connecting criterion must not allow for any exceptions, certainly not at the behest of the parties.

Article 6 *Contracts*

- 6.1 The experts must at all times bear in mind that the future Convention will take effect at a time when contracts concluded electronically, and contracts for service concluded and performed entirely by electronic means, will be the rule rather than the exception. In this regard, it is important to be sure that the criteria set

conviendra de vérifier que les critères prévus par la Convention fonctionnent correctement et sans difficulté pour ce type de contrats.

- 6.2 La règle proposée à la variante 1, point 1 et 2 *litt. a*, pose peut-être une difficulté dans le cas de figure suivant: le défendeur a négocié le contrat en cause sur le territoire du demandeur. Dans ce cas, en vertu de la disposition prévue, le demandeur peut assigner devant les tribunaux de l'Etat dans lequel il est situé, alors même que le contrat, bien que négocié localement, doit être entièrement exécuté dans un autre pays. Dans ce cas, on peut douter que le tribunal du demandeur soit le tribunal le mieux placé pour statuer sur ce litige.
- 6.3 La variante 1 ne permet pas de donner compétence au tribunal du lieu d'exécution du contrat, en aucune circonstance. Les experts voudront peut-être réfléchir à une telle hypothèse qui est couverte par la variante 2.

Article 7 Contrats avec les consommateurs

- 7.1 Si les experts maintiennent la variante 1 de l'article 6, on peut se demander si une disposition spécifique pour les consommateurs est encore nécessaire.
- 7.2 Si l'on donne une réponse positive à la question précédente, les experts voudront certainement s'interroger sur l'éventuelle définition de la notion de «consommateur».
- 7.3 Le texte devra préciser si une clause d'élection de for est admissible dans ce contexte et, dans l'affirmative, les conditions auxquelles elle est soumise.
- 7.4 Le Document d'information No 2 contient plusieurs variantes mais il convient avant tout de s'interroger sur le contrat de consommation conclu par Internet. Les experts devront décider si le consommateur – Internaute doit être protégé de la même manière que le consommateur sur la terre ferme. Si tel est le cas, le tribunal compétent ne peut être que le tribunal du lieu de résidence habituelle du consommateur en cause, à condition qu'il ait pu visualiser le site de son contractant dans l'Etat de cette résidence habituelle. Si une telle disposition était retenue, cela obligerait les entreprises qui proposent des produits ou des services via Internet à préciser que ces produits ou ces services ne sont pas destinés aux consommateurs situés en un certain nombre de pays et, éventuellement, à demander à leur fournisseur d'accès de créer des masques pour la visualisation dans certains pays. Aujourd'hui, la technique le permet. Les entreprises qui n'auraient pas fait le nécessaire et laisseraient leur site visible dans tous les pays prendraient à ce moment-là le risque d'être attirés devant les juridictions de chacun des pays dans lesquels leur site peut être consulté.

Article 8 Contrats de travail

- 8.1 Le premier point concerne l'admission ou non des clauses d'élection de for dans les contrats de travail. Lorsque le contrat de travail concerné sera celui d'un cadre supérieur expatrié, on peut se demander si l'on doit limiter le droit pour les parties d'y inclure une clause d'élection de for. Il n'est en effet pas systématiquement contraire aux intérêts du travailleur de pouvoir convenir d'une élection de for dans son contrat d'expatriation. C'est pourquoi, une disposition proche du paragraphe 2 de l'article 8, telle qu'elle existe dans le Document d'information No 2, pourrait être accueillie avec faveur. Pour tous les

down in the Convention will operate properly and without problems for contracts of this kind.

- 6.2 The rule proposed in Variant 1, paragraph 1 and paragraph 2 (a) may perhaps cause difficulty in the following circumstances: the defendant has negotiated the contract in question on the territory of the plaintiff. In this case, under the provision contemplated, the plaintiff is free to sue before the courts of the State in which he is located, whereas the contract, although negotiated locally, is to be wholly performed in another country. In this case, it is unlikely that the court of the plaintiff will be the one best placed to decide the case.
- 6.3 Variant 1 does not allow for jurisdiction to be given to the court of the place of performance of the contract, in any circumstances. The experts should perhaps consider this hypothesis, which is covered by Variant 2.

Article 7 Contracts with consumers

- 7.1 If the experts opt for retaining Variant 1 of Article 6, it may be thought that a special provision for consumers is no longer necessary.
- 7.2 If the opinion is otherwise, the experts will certainly wish to consider how the concept of a "consumer" is to be defined.
- 7.3 The text should spell out whether a choice of court clause is admissible in this context, and if so, under what conditions.
- 7.4 Information Document No 2 contains several variants, but the first priority is to consider the type of consumer contract which is concluded on the Internet. The experts have to decide whether the Internet consumer should be protected in the same way as a consumer on *terra firma*. If that is the case, the competent court can only be the court of the place of habitual residence of the consumer concerned, provided he has been able to view the site of his contractor in the State of that habitual residence. If such a provision is decided on, this will oblige companies which offer products or services on the Internet to specify that these products or services are not intended for consumers in certain countries, and perhaps to ask their access providers to create viewing masks for certain countries. This is now technically possible. Companies which have omitted the necessary steps and which leave their websites open for viewing in all countries would then be taking the risk of being sued before the courts of each country in which their site can be consulted.

Article 8 Contracts with employees

- 8.1 The first point is whether choice of court clauses should be allowed in contracts with employees. If the employment contract concerned is that of an expatriate company executive, one may ask whether the right of the parties to include in it a choice of court clause should be limited. It is not in fact necessarily against the interests of the employee to be able to agree on a choice of court in a contract for expatriate employment. This is why a form of words similar to paragraph 2 of Article 8, as given in Information Document No 2, could well be acceptable. For all other categories of employee, greater protection is perhaps necessary.

autres salariés, une protection accrue est vraisemblablement nécessaire.

- 8.2 Le tribunal du lieu d'exécution du travail pourrait connaître de l'essentiel du contentieux issu de l'exécution du contrat de travail. Toutefois, il convient de prévoir le cas dans lequel le travailleur est retourné dans son pays d'origine (là où il avait sa résidence habituelle avant le début de l'exécution du contrat de travail international). On peut alors se demander, s'il ne faut pas, dans ce cas, donner la possibilité au travailleur d'assigner devant le tribunal de cette résidence habituelle d'origine. Celle-ci est connue de l'employeur et il est équitable, pour les deux parties, de donner compétence à ce tribunal.
- 8.3 En ce qui concerne les travailleurs détachés, le contrat de détachement est par essence encore plus temporaire que le contrat d'expatriation. Le lieu d'exécution du détachement est pertinent pour le contentieux se rapportant aux conditions d'exécution du travail (vacances, horaires de travail, sécurité du travail, ...). En revanche, le travailleur détaché ne restera pratiquement jamais au lieu d'exécution du détachement et devra ainsi avoir le droit d'assigner l'employeur devant le tribunal de sa résidence habituelle pour toutes les questions ayant trait à la fin du contrat de travail et, éventuellement, les questions liées au salaire.

Article 9 Succursales

- 9.1 Tel que rédigé, l'article 9 ouvre un vaste éventail de compétences. La question suivante demeure ouverte: doit-on étendre la compétence de l'article 9 aux hypothèses dans lesquelles le défendeur a été représenté dans l'Etat contractant par un salarié seul ou un autre représentant, y compris un représentant qui peut être une entité séparée du défendeur? Dans le texte actuel de l'article 9, les termes «salarié ou tout autre représentant» sont entre crochets. Maintenir ces termes dans la Convention, sans autre précision, serait étendre la compétence en matière de succursales et, en réalité, modifier sensiblement sa raison d'être initiale. En effet, le représentant du défendeur, s'il n'est pas une succursale, agence ou établissement du défendeur, peut avoir parfaitement agi pour son propre compte, ce que le texte actuel de l'article ne permet pas de prendre en considération.
- 9.2 Par ailleurs, le texte ouvre également très largement la compétence en autorisant les tribunaux sur le territoire duquel une personne, quelle qu'elle soit, a agi «au nom ou pour le compte» du défendeur sans qu'il soit exigé que, sur ce même territoire, soit située une succursale, une agence ou un établissement.
- 9.3 Le texte actuel permet en plus d'ouvrir une compétence au lieu de promotion des produits ou des prestations du défendeur, alors même que le reste de l'activité (formation ou exécution du contrat) aurait été effectué dans un autre Etat. En l'état actuel du droit comparé, il semble que ce chef de compétence juridictionnelle ne soit pas véritablement admis. En effet, même vis-à-vis des consommateurs, il semble qu'un seul acte de promotion, non suivi ni confirmé par d'autres actes sur le même territoire, ne soit pas suffisant pour constituer la compétence. Cet aspect des choses doit être particulièrement étudié au regard des moyens électroniques de promotion commerciale. Si l'article 9 devait rester en l'état, il semble clair que la seule visibilité / accessibilité d'un site Internet dans un Etat pourrait permettre de constituer une compétence à l'encontre du défendeur (voir également ci-dessus, article 7).

- 8.2 The court of the place of performance of the employment contract could deal with the main elements of a dispute arising from its performance. However, provision must be made for cases in which the worker has returned to his country of origin (the country in which he was habitually resident before beginning to perform the international employment contract). One may then consider whether in such cases, the worker should not be enabled to sue before the courts of his habitual residence of origin. The residence will be known to the employer, and it is equitable from the point of view of both parties to grant jurisdiction to those courts.
- 8.3 As for assigned workers, their contracts are in essence even more temporary than expatriate contracts. The place where the assigned work is performed is relevant for disputes relating to the conditions of employment (holidays, working hours, safety at work, etc.). On the other hand, a temporarily assigned worker hardly ever stays at the place where the work is done, and must therefore have the right to sue the employer before the courts of his habitual residence for all matters relating to the end of the employment contract, and possibly also for salary questions.

Article 9 Branches

- 9.1 As presently worded, Article 9 opens up a vast range of possible jurisdictions. The following question remains open: should the jurisdiction in Article 9 be extended to cases in which the defendant has been represented in the Contracting State by only an employee or other representative, including a representative who may be an entity separate from the defendant? In the present text of Article 9, the words "or an employee or other representative" are in square brackets. To keep this language in the Convention, without further clarification, would extend jurisdiction for branches and have the result of markedly altering the initial reason for it. In practice, the defendant's representative, if not a branch, agency or establishment of the defendant, may well have acted on his own behalf, and this is not catered for in the present wording of the article.
- 9.2 Moreover, the text also opens up a broad window of competence by giving authority to courts on the territory where any person has acted "for or on behalf of" the defendant, without requiring that a branch, agency or establishment be situated on the same territory.
- 9.3 The present text also makes room for jurisdiction at the place where the defendant's goods or services are promoted, even if the other activities (the making or performance of the contract) have taken place in another State. As comparative law stands at present, it does not seem that this ground of jurisdictional competence is actually permitted. Indeed, even as regards consumers, it seems that a single act of promotion which is neither followed nor confirmed by other acts on the same territory, would not be enough to found jurisdiction. This aspect of the matter warrants close study, in view of the electronic means of promoting commerce. If Article 9 remains as it is, it seems obvious that the mere fact of an Internet website being visible or accessible on the Internet in a State would make it possible to found jurisdiction as against the defendant (see also above, Article 7).

Article 10 *Délits*

Le troisième paragraphe a été laissé entre crochets notamment en raison de ce que cette disposition est dangereuse lorsque le délit est commis par voie électronique. En effet, le défendeur, en l'état actuel des choses, est souvent difficile à localiser. En obligeant le demandeur à agir autant de fois que de pays dans lequel il a subi un dommage, c'est lui ôter tout réel accès à la justice.

Article 14 *Mesures provisoires et conservatoires*

- 14.1 Le Comité de rédaction a laissé entre crochets l'hypothèse de l'exigence d'un lien entre les mesures provisoires demandées au juge du fond et le litige en cause. On peut se demander si une telle exigence est nécessaire et n'alourdit pas inutilement le texte de la disposition exigeant du juge, dans chaque cas, de rechercher si un tel lien existe. Cette disposition, de la même manière, incite le défendeur à soulever ce problème qui, dans bien des cas, ne sera pas pertinent.
- 14.2 La première question posée par le Comité de rédaction, savoir: «la règle prévue au paragraphe premier (juge saisi du fond) doit-elle être étendue à tous les tribunaux compétents en vertu de la Convention» devrait, semble-t-il, recevoir une réponse affirmative. Dans le cas contraire, on ne voit pas très bien comment et selon quel(s) critère(s) répartir les différents chefs de compétence.
- 14.3 L'interférence d'une clause d'élection de for sur les mesures provisoires et conservatoires a été traitée à l'article 4 ci-dessus.
- 14.4 La question concernant la définition éventuelle à donner à la notion de «mesures provisoires ou conservatoires» est délicate. Il semblerait que, compte tenu de la grande diversité de ce type de mesures en fonction des systèmes juridiques et judiciaires en présence, une telle définition soit difficile à trouver. Par ailleurs, son utilité n'est pas évidente. Elle pourrait, en effet, ajouter une complication plutôt que de simplifier le contentieux. C'est pourquoi, il semble qu'elle doive être évitée.
- 14.5 Quant aux effets des mesures provisoires et conservatoires, effet extraterritorial, reconnaissance et exécution, ils devraient être différents selon que la compétence est fondée sur le paragraphe premier (compétence *in personam*) ou sur le paragraphe 2 (compétence *in rem*). Dans le premier cas, des effets extraterritoriaux pourraient être reconnus aux mesures prononcées par le juge du fond. Dans le second, les effets sont limités de manière inhérente aux biens en question. Cette disposition contient d'ailleurs, en elle-même, cette limitation des effets. Ne serait-il pas préférable de renvoyer au chapitre sur la reconnaissance et l'exécution les dispositions concernant les effets extraterritoriaux des mesures provisoires ou conservatoires?

Article 12 *Trusts*

- 12.1 Ce texte n'a pas été discuté à la Session de novembre 1998. La disposition qui sera le point de départ de la discussion est reproduit à la page 18 du Document d'information No 2. Cette disposition est celle issue de la Commission spéciale de juin 1997.
- 12.2 La première question est de savoir si la compétence conférée par le premier paragraphe doit être ou non exclusive. Dans le Document de travail No 104

Article 10 *Torts or delicts*

- 10.1 The third paragraph has been left in square brackets, mainly because the clause can prove dangerous where the tort or delict is committed by electronic means. In fact, as things stand it is often difficult to pin down the location of the defendant. Compelling the defendant to take proceedings as many times as there are countries in which he has suffered injury, is to deny him any real access to justice.

Article 14 *Provisional and protective measures*

- 14.1 The Drafting Committee left in square brackets the possibility of requiring a connection between the provisional measures requested of the court dealing with the merits, and the case itself. It may be asked if such a requirement is really necessary and does not unduly burden the text by expecting the court, in every instance, to ascertain whether such a connection exists. This provision likewise encourages the defendant to raise a problem which, in many cases, will be irrelevant.
- 14.2 The first question put by the Drafting Committee, whether “the rule in the first paragraph” (the court seised of proceedings on the merits) should be extended to any court having jurisdiction under the Convention, should probably be answered in the affirmative. Otherwise, it hard to see how the various kinds of jurisdiction are to be divided, and according to which criteria.
- 14.3 The impact of a choice of court clause on provisional and protective measures has been dealt with in Article 4 above.
- 14.4 The question of how to define the concept of “provisional and protective measures” is a tricky one to resolve. It seems that, in view of the great variety of measures of this kind in the different legal and judicial systems involved, a definition is difficult to find. Besides, its value is not obvious. It could, in fact, complicate rather than simplify issues. For this reason it should perhaps be avoided.
- 14.5 As for the effects of provisional and protective measures, extraterritorial effect, recognition and enforcement, these will vary depending on whether jurisdiction is based on paragraph 1 (jurisdiction *in personam*) or paragraph 2 (jurisdiction *in rem*). In the former case, extraterritorial effects could be recognised for measures ordered by the court dealing with the merits. In the latter case, the effects are inherently confined to the goods in question. In any event, the clause itself limits the effects in this way. Would it not be preferable to defer to the chapter on recognition and enforcement the provisions concerning the extraterritorial effects of provisional and protective measures?

Article 12 *Trusts*

- 12.1 This text was not discussed at the session of November 1998. The provision which is to form the starting-point of the discussion is reproduced on page 18 of Information Document No 2. This provision is the one which emerged from the Special Commission in June 1997.

proposé par la délégation des Etats-Unis avec l'appui des délégations du Canada, de la Finlande et du Royaume-Uni, la compétence n'est pas exclusive. Les experts devront donc s'interroger sur les avantages et inconvénients de ce choix. En ce qui concerne la compétence fondée sur la *littera a)*, on peut comprendre qu'elle soit exclusive. En revanche, cela n'est pas forcément nécessaire pour les compétences fondées sur les *litterae b)* et *c)*

- 12.3 Quant à la rédaction du troisième paragraphe, le Document de travail No 104 ajoute une *littera d* permettant de prendre en considération la situation des biens du trust, indépendamment de petites modifications de rédaction par rapport au texte contenu dans le Document d'information No 2.

Article 13 Compétences exclusives

- 13.1 La base de discussions sera le texte inclus à la page 19 du Document d'information No 2, puisque la Commission spéciale de novembre 1998 n'a pas discuté de cette question.
- 13.2 La première question de principe que les experts voudront peut-être discuter consiste à s'interroger sur l'utilité pratique de compétences exclusives dans une Convention mondiale. Il semble, en effet, plus difficile d'admettre ces compétences dans un cadre élargi que dans un cadre régional restreint. Si telle est la voie admise par les experts, le nombre de compétences exclusives pourrait alors être limité.
- 13.3 En matière immobilière, à supposer qu'elle soit exclusive, on pourrait limiter la compétence exclusive du tribunal du lieu de situation de l'immeuble aux seuls droits réels immobiliers. En effet, en ce qui concerne les baux d'immeubles, on pourrait parfaitement imaginer l'admission de clauses d'élection de for dans les baux d'immeubles commerciaux. De plus, dans les baux d'immeubles d'habitation, le contentieux international élargi sera extrêmement rare. Les experts voudront peut-être alors s'interroger sur l'hypothèse d'une compétence de protection pour les baux d'habitation et de vacances, compétence qui pourrait être reportée à la suite de l'article 7 ou intégrée à une section spécifiquement consacrée aux compétences de protection.
- 13.4 L'autre compétence exclusive traditionnellement admise, au moins en Europe, concerne les sociétés ou les personnes morales. Si elle était maintenue, il conviendrait d'en limiter le champ d'application aux seules hypothèses de validité, nullité ou dissolution de la personne morale ou de leurs organes.
- 13.5 On pourrait ajouter également une disposition en matière de validité des inscriptions sur les registres publics en donnant compétence à l'Etat sur le territoire duquel ces registres sont tenus. C'est le sens de la proposition du Document de travail No 104 (article 10), bien que ce texte ne qualifie pas d'exclusive cette compétence.
- 13.6 En matière de propriété intellectuelle, un Document de travail No 122, article 1, donne une telle compétence au tribunal du lieu du dépôt de l'enregistrement des droits de propriété intellectuelle en cause. Il semble que cette compétence emporte une vaste adhésion compte tenu du nombre de systèmes juridiques qui la connaissent d'ores et déjà.

- 12.2 The first question is whether the jurisdiction conferred in paragraph 1 is to be exclusive or not. In Working Document No 104, proposed by the United States delegation with the support of the delegations of Canada, Finland and the United Kingdom, jurisdiction is not exclusive. The experts will therefore have to consider the advantages and disadvantages of this option. As for the jurisdiction based on sub-paragraph (a), it is understandable that this should be exclusive. On the other hand, this does not necessarily apply to jurisdictions based on sub-paragraphs (b) and (c).
- 12.3 As for the wording of the third paragraph, Working Document No 104 adds a sub-paragraph (d) which would allow the situation of the trust goods to be taken into consideration, irrespective of minor drafting changes to the text in Information Document No 2.

Article 13 Exclusive jurisdiction

- 13.1 The basis for the discussion will be the text on page 19 of Information Document No 2, since the Special Commission of November 1998 did not discuss this question.
- 13.2 The first question of principle which the experts will perhaps be discussing is the practical utility of exclusive jurisdictions in a world-wide Convention. It does seem more difficult to accommodate such jurisdictions in an expanded framework than in a restricted regional context. If this is the approach preferred by the experts, a limit might be placed on the number of exclusive jurisdictions.
- 13.3 In the matter of immovable property, the jurisdiction of the court for the place where the immovables are situated, if it is to be exclusive, could be limited to rights in such property alone. As regards leases of immovable property, it is quite conceivable that choice of court clauses could be included in leases of commercial property. Moreover, in leases of dwellings international litigation on an expanded scale will be extremely rare. The experts will perhaps consider the possibility of protective jurisdiction for leases of dwellings and holiday homes, and this form of jurisdiction could be included at the end of Article 7 or brought within a section dealing specifically with protective forms of jurisdiction.
- 13.4 The other form of exclusive jurisdiction for which provision is traditionally made, at least in Europe, relates to companies or legal persons. If this is retained, its scope should be confined to cases concerning the validity, nullity or winding-up of the legal person or its organs.
- 13.5 A provision could also be added to deal with the validity of entries in public registers, conferring jurisdiction on the State on whose territory the registers are kept. This is the thrust of the proposal in Working Document No 104 (Article 10), although this text does not define the jurisdiction as exclusive.
- 13.6 With regard to intellectual property, Working Document No 122, Article 1, confers this type of jurisdiction on the courts of the place where the registration of the intellectual property rights in question is deposited. This jurisdiction will probably have widespread support, given the number of legal systems which already provide for it.

Article 15 Pluralité de défendeurs

- 15.1 La complexité actuelle du contentieux international met souvent en présence plusieurs défendeurs en face d'un ou plusieurs demandeurs. Il serait vraisemblablement regrettable que la Convention ne permette pas un mécanisme pour attirer devant un seul et même tribunal une pluralité de défendeurs.
- 15.2 Si le principe d'une telle disposition était admis, il faudrait tout d'abord s'interroger sur le point de savoir si la règle s'applique à toutes sortes de défendeurs, qu'ils soient situés ou non sur le territoire d'un Etat contractant à la Convention, ou bien si cette règle est limitée aux seuls défendeurs situés sur le territoire d'un Etat contractant. Certes, cette question a des liens de parenté avec le champ d'application géographique de la Convention. Il semble, cependant, que quelle que soit la discussion sur ce point, il convient d'en parler plus précisément à l'occasion d'une éventuelle disposition sur la pluralité de défendeurs. En effet, si l'on suppose que la Convention s'applique lorsque le tribunal saisi est le tribunal d'un Etat contractant, sans exiger la deuxième condition de la résidence habituelle du défendeur sur le territoire d'un Etat contractant, on peut néanmoins se poser la question de savoir si la règle concernant la pluralité de défendeurs ne doit pas être limitée aux défendeurs situés sur le territoire d'un Etat contractant. A l'encontre de cette solution, on peut présenter un argument relativement fort: ce sont souvent les défendeurs situés sur des territoires de pays qui ne sont parties à aucune convention qui posent le plus de problèmes. Limiter la règle de la pluralité de défendeurs, comme il vient d'être suggéré, permettrait de toujours immuniser les défendeurs situés sur le territoire de tels Etats. On peut se demander si c'est le résultat auquel l'on veut aboutir.
- 15.3 Quelle que soit la réponse donnée à la question précédente, il conviendra vraisemblablement de limiter l'application de la règle en exigeant un lien de connexité, en fait, en droit, ou les deux à la fois, entre les différentes demandes formulées devant le juge à l'encontre des divers défendeurs (voir également Doc.prél. No 9, par. 89 et 90).

Article 16 Demandes reconventionnelles

Il semble que cette compétence ne pose guère de difficulté, sauf concernant certaines nuances de rédaction (voir par. 91, Doc.prél. No 9).

Article 17 Appel en garantie et intervention

- 17.1 Ce mécanisme procédural est également extrêmement utile en pratique. Il serait vraisemblablement préjudiciable de ne pas en autoriser l'utilisation dans le cadre de la future Convention.
- 17.2 Pour qu'elle soit admissible, cette compétence pourrait également être limitée aux seules hypothèses dans lesquelles il existe un lien nécessaire entre la demande principale et l'appel en garantie ou l'intervention.

Article 15 Multiplicity of defendants

- 15.1 Because of the complexity nowadays of international litigation, several defendants will often be facing several plaintiffs. It would probably be regrettable if the Convention were not to permit of some mechanism to bring a multiplicity of defendants before the same court.
- 15.2 If the principle of having such a provision is accepted, the first question to be considered is whether the rule applies to all kinds of defendants, whether or not they are situated on the territory of a Contracting State to the Convention, or whether it is confined to defendants on such territory. This question is of course related to that of the geographical scope of the Convention. However, it seems that whatever points are made in discussing the issue, it will have to be dealt with in greater detail in connection with any provision concerning a multiplicity of defendants. In fact, if we suppose that the Convention will apply when the court seised is the court of a Contracting State, without insisting on the second condition of the habitual residence of the defendant on the territory of a Contracting State, one may nevertheless ask whether the rule about a multiplicity of defendants should not be confined to defendants on the territory of such a State. A fairly strong argument can be raised against this solution: it is often defendants situated on the territory of countries not party to any convention who cause the most problems. If the rule on multiple defendants is limited along the lines suggested, this would mean that defendants on the territory of such States would be immune for ever. One may wonder if this is a desirable outcome.
- 15.3 Whatever the reply given to the foregoing question, it will probably be necessary to limit the application of the rule by requiring a connecting link, either of fact or of law or of both, between the various claims put to the court against the various defendants (see also Prel. Doc. No 9, paragraphs 89 and 90).

Article 16 Counter claims

Jurisdiction in this instance does not seem to pose any problems, except for certain drafting points (see paragraph 91, Prel. Doc. No 9).

Article 17 Warranty and intervention

- 17.1 This procedural mechanism is extremely useful in practice. It would probably be damaging if its use were not permitted in the framework of the future Convention.
- 17.2 This jurisdiction, to be admissible, could also be limited to cases in which there is a necessary connection between the principal claim and the warranty or intervention.

Article 23 Litispendance

- 23.1 Le choix auquel les experts sont confrontés est aujourd'hui très clair entre d'une part une règle fixe favorisant le tribunal saisi en premier lieu ou une règle flexible qui demeure à trouver.
- 23.2 Si les experts décident de choisir la règle favorisant le tribunal saisi en premier lieu, ils devront s'interroger sur la faisabilité de la définition de la notion de saisine du tribunal. Des études de droit comparé approfondies ont montré, dans un autre forum, que cette règle favorise systématiquement, à défaut de définition conventionnelle, les demandeurs en mesure de saisir un tribunal d'un pays dont les tribunaux sont saisis par le seul dépôt de la citation du demandeur, alors même que le défendeur n'est pas encore informé. Ce système, en effet, permet au demandeur d'aller très vite et de bloquer la compétence du tribunal à l'encontre de l'autre partie qui aurait éventuellement voulu saisir un tribunal qui ne peut être saisi, juridiquement parlant, que si le défendeur a été, ou sont censées avoir été informé d'abord. La seule solution équitable est alors d'exiger, conventionnellement, qu'un tribunal n'est saisi que lorsque les deux opérations ont été, ou sont censées avoir été accomplies, quel que soit l'ordre dans lequel chaque système exige qu'elles le soient.
- 23.3 Si les experts préféreraient continuer sur la voie d'une règle flexible, celle-ci entraînera inmanquablement l'évaluation du caractère plus ou moins approprié de la compétence de chacun des tribunaux saisis. La première question qui se pose alors est de savoir si cette évaluation doit être faite unilatéralement par chacun des tribunaux ou si l'on ne devrait pas exiger qu'elle soit faite conjointement. Dans ce dernier cas, l'obligation mise à la charge des juges n'est-elle pas trop lourde? En tout état de cause, si l'on conservait le paragraphe 3 de l'article 23 II, il conviendrait de préciser que cet échange de vues doit être effectué dans le respect des principes de la contradiction.
- 23.4 On peut se demander si parmi les circonstances à prendre en considération pour les juridictions en cause, la date à laquelle l'exception de litispendance est soulevée par le défendeur doit être prise en compte. Si cette exception est trop tardive, on pourrait considérer qu'elle soit irrecevable. Toutefois, la tardiveté pourrait être due au seul fonctionnement du système de l'autre tribunal saisi, fonctionnement qui ne serait en aucune manière dû à la négligence éventuelle du défendeur. Celui-ci ne doit donc pas être pénalisé par l'application pure et simple des mécanismes procéduraux connus par l'autre tribunal.
- 23.5 Ce qui vient d'être exposé montre qu'aucune des deux voies (mathématique ou flexible) n'est idéale. Chacune présente des inconvénients. Il apparaît ainsi que si le texte de l'article 23 devait conserver sa facture actuelle (à la fois le § I et le § II) il cumulerait les inconvénients des deux voies. Une réévaluation de cette proposition paraît donc nécessaire.
- 23.6 La portée d'une action déclaratoire sur la litispendance doit encore être discutée. Certains experts considèrent qu'une action déclaratoire ne peut jamais ouvrir un cas de litispendance, compte tenu de ce que la décision déclaratoire n'est vraisemblablement pas toujours assortie des mêmes effets d'autorité de chose jugée que les actions positives. Beaucoup de systèmes juridiques, en effet, limitent la possibilité pour les plaideurs d'utiliser la voie de l'action déclaratoire à des hypothèses bien précises. Ces mêmes systèmes peuvent, en plus, limiter l'effet de chose jugée de la décision déclaratoire. Pourtant, l'utilité de l'action

Article 23 *Lis pendens*

- 23.1 The choice facing the experts is now very clear: it lies between a fixed rule in favour of the court first seised, and a flexible rule which has yet to be found.

- 23.2 If the experts decide to opt for the rule favouring the court first seised, they must ponder the feasibility of defining the concept of seisin of a court. In-depth studies of comparative law have shown, in another forum, that this rule invariably gives preference, in the absence of a treaty definition, to plaintiffs who are able to seise a court in a country where seisin occurs simply as a result of the plaintiff filing suit, even if the defendant has not been informed. This system actually enables the plaintiff to act very speedily, blocking the jurisdiction of the court *vis-à-vis* the other party, who might have wanted to use a court which legally speaking can only be seised if the defendant has first been, or has been deemed to be, informed. The only equitable solution is then to require by way of treaty that a court is only seised when both operations have been, or have been deemed to be, completed, whatever the order in which each system requires this to be done.

- 23.3 If the experts prefer to retain the option of a flexible rule, this will inevitably mean a process of appraisal of the appropriateness or otherwise of competence for each of the courts seised. The first question which then arises is whether such an appraisal is to be made unilaterally by each of the courts, or whether it is necessary to require that this be done jointly. In the latter case, surely this would be too onerous an obligation to place on the courts? In any event, if paragraph 23 of Article 23 II is retained, it should be made clear that this exchange of views is to be carried out with due respect for the adversarial principle.

- 23.4 One may consider whether the circumstances to be taken into consideration by the courts in question should include the date on which the *lis pendens* objection is raised by the defendant. If the objection is excessively delayed, it may be considered inadmissible. However, the tardiness might be due to the manner in which the system of the other court seised operates, and its operations can hardly be imputed to negligence on the defendant's part. Thus the latter should not be penalised merely because of the application of the procedural mechanisms used by the other court.

- 23.5 What has been said here shows that neither of the two methods (mathematical or flexible) is ideal. Each has its disadvantages. It therefore appears that if the text of Article 23 is left as it is (both I and II), it will combine the drawbacks of both. The proposal appears therefore to need reconsideration.

- 23.6 The impact on *lis pendens* of an action to obtain a declaration must also be discussed. Some experts take the view that such an action can never give rise to a *lis pendens*, since the decision on the action is unlikely to carry the same force of *res judicata* as a positive suit would do. In fact, many legal systems confine the freedom of plaintiffs to use the route of the action for a declaration to clearly defined cases. These systems may also limit the effect of *res judicata* of the declaratory decision. However, the usefulness of the action for a

déclaratoire, en pratique, est indéniable. Si le demandeur «naturel» n'agit pas, il est légitime que le défendeur «naturel» prenne les devants pour s'assurer de sa position juridique. Mais on peut penser que si le demandeur «naturel» agit, même après que l'action déclaratoire a été commencée, cette dernière cède la priorité à l'action positive.

Article 24 Forum non conveniens

- 24.1 Dans le but d'éviter les clivages qui pourraient se faire jour sur cette question, il conviendrait peut-être de ne pas utiliser une expression qui comporte un bagage juridique et pratique lourd, dont on voit mal qu'il pourrait être importé purement et simplement dans le cadre conventionnel sans soulever des objections insurmontables. Il pourrait alors être proposé que la disposition en cause s'appelle de manière neutre «clause d'exception à la compétence» ou toute autre expression équivalente.
- 24.2 Si une telle orientation était admise, le point de départ de la mise en oeuvre de la disposition serait des circonstances exceptionnelles dans lesquelles le défendeur, très rapidement après avoir reçu l'information de la saisine du tribunal, soulève le caractère inapproprié de sa compétence. En effet, l'on pourrait prévoir que le tribunal en cause ne pourrait pas soulever d'office la clause d'exception. Par ailleurs, si le défendeur soulève ce point trop tardivement, il serait jugé irrecevable.
- 24.3 Une autre condition pourrait être exigée: le défendeur devrait désigner, dans le cadre de son exception, le tribunal qu'il juge le plus approprié.
- 24.4 Pour conserver la cohérence de la Convention et l'attente légitime du demandeur qui, en saisissant le tribunal d'un Etat contractant à la Convention est en droit de s'attendre à ce que le jugement qui en résulte puisse être reconnu ou exécuté avec une plus grande facilité dans les autres Etats contractants, cette clause ne trouverait à s'appliquer que si le transfert de la cause se fait au profit d'un tribunal d'un autre Etat contractant.
- 24.5 Avant de se dessaisir, le tribunal devrait s'assurer, par tout moyen à sa convenance et dans le respect du principe de la contradiction, que l'autre tribunal désigné par le défendeur accepterait d'exercer sa compétence s'il était saisi.
- 24.6 En ce qui concerne les circonstances à prendre en considération par le tribunal avant de se dessaisir au profit d'un autre, en plus d'une liste positive permettant de donner des lignes directrices au juge, ne faudrait-il pas inclure une liste négative de circonstances que le juge ne peut pas prendre en considération, telle par exemple la nationalité des parties en cause.
- 24.7 Finalement, dans cette discussion, le plus important apparaît être de ne pas alourdir trop sensiblement la charge du demandeur qui, en choisissant un tribunal compétent en vertu de la Convention, pouvait légitimement s'attendre à ce que ce tribunal soit celui qui juge du litige qui l'oppose au défendeur.

Article 20 Compétences interdites

- 20.1 Les experts devront décider si la liste des compétences interdites doit être limitative ou exemplative. Si elle était limitative, l'adverbe notamment qui se

declaration is undeniable in practice. If the “natural” plaintiff does not act, it is legitimate for the “natural” defendant to take the initiative, in order to satisfy himself as to his position in law. But it may be thought that if the “natural” plaintiff acts, even after the declaratory proceedings have begun, these latter proceedings give way to a positive action.

Article 24 Forum non conveniens

- 24.1 With a view to avoiding differences of view which may otherwise arise on this question, it would perhaps be best not to use an expression which carries such heavy legal and practical baggage, and which can scarcely be imported as it is into the framework of a convention without raising insurmountable objections. It could therefore be proposed that the provision in question is simply referred to by the neutral term “objections to jurisdiction” or any other equivalent term.
- 24.2 If this approach is accepted, the starting-point for operating the provision would be the exceptional circumstances in which the defendant, very soon after being informed that the court has been seised, objects that it is inappropriate for it to have jurisdiction. It could in fact be provided that the court in question may not itself raise objections to jurisdiction. Moreover, if the defendant raises this point too late in the day, it would be judged inadmissible.
- 24.3 Another condition could be imposed: when making his objection, the defendant must name the court which he regards as most appropriate to deal with the case.
- 24.4 To preserve the consistency of the Convention and protect the defendant's legitimate expectation that in seising the court of a Contracting State to the Convention, he is entitled to expect that the resulting judgment can be more readily recognised or enforced in the other Contracting States, this clause should only be applicable if the case is transferred to a court in another Contracting State.
- 24.5 Before finding itself incompetent, the court should ascertain, by every means available to it and while respecting the adversarial principle, that the other court named by the defendant would accept jurisdiction if seised.
- 24.6 As regards the circumstances to be taken into consideration by the court before declining jurisdiction in favour of another court, as well as a positive list to provide guidelines for the court, one should perhaps include a negative list of circumstances not to be taken into consideration by the court, for example the nationality of the parties to the dispute.
- 24.7 Finally, in this discussion the most important thing seems to be not to place too heavy a burden on the plaintiff, who by choosing a court which is competent according to the Convention, can legitimately expect that this court will be the one to deal with the case between him and the defendant.

Article 20 Prohibited grounds of jurisdiction

- 20.1 The experts must decide whether the list of prohibited grounds of jurisdiction is to be exhaustive or given by way of example. If it is to be exhaustive, the words

trouve aujourd'hui entre crochets, devrait être supprimé. Si elle doit demeurer exemplative, l'adverbe notamment devrait être conservé.

- 20.2 On peut se demander si ne doivent pas être ajoutées à la liste présente deux hypothèses complémentaires, celle de la seule signature d'un contrat sur un territoire et celle de l'existence de seuls actes préparatoires à la conclusion d'un contrat. Des discussions informelles avec des juristes d'entreprise montrent que ces actes sont considérés comme insuffisants et anodins pour lier la compétence des tribunaux pour les litiges ayant trait à ces contrats. Ce qui vient d'être dit ne porte pas préjudice à une compétence éventuelle si le litige porte sur la rupture de pourparlers ou les conséquences dommageables de la non conclusion du contrat car, dans ce cas, on se situera dans un litige de nature délictuelle.

Article 21 Compétences autorisées

- 21.1 Le Document de travail No 143 a ouvert une voie de discussion pour permettre l'application par les Etats contractants d'autres chefs de compétence que ceux prévus par la Convention. Dans ce cadre, la liste des fors interdits devient le centre de gravité de la Convention.
- 21.2 L'exigence d'un lien substantiel entre le tribunal et le litige est-elle nécessaire? Par exemple, en quoi consiste le lien substantiel lorsque le tribunal se déclare compétent pour éviter un déni de justice?
- 21.3 Il est peut-être difficile, compte tenu de l'importance de bien définir toutes les compétences obligatoires en vertu de la Convention, de préciser une liste des compétences résiduelles autorisées. Ne conviendrait-il pas, au contraire, de s'en tenir à une règle générale qui dirait simplement que les Etats contractants demeurent libres d'appliquer d'autres chefs de compétence prévus par leur droit national, à condition qu'ils ne soient pas exclus par la Convention dans l'article consacré aux chefs de compétence interdits.
- 21.4 Si l'on s'en tient à une règle générale, devra-t-elle réserver les compétences exclusives éventuellement prévues par la Convention?
- 21.5 Un autre point essentiel qui demeurera à définir sera les effets de la décision rendue sur le fondement d'un chef de compétence autorisé en vertu de l'article 21. Le Document de travail No 143 n'aborde pas cette question. Nous en dirons quelques mots dans les développements qui suivent sous l'article 25.

Article 18 Connexité

- 18.1 La question essentielle de savoir si la connexité doit demeurer une simple exception à la compétence ou bien si l'on peut la transformer en compétence directe, reste ouverte.
- 18.2 S'il s'agit d'une exception à la compétence, il faut qu'un tribunal d'un Etat contractant soit compétent en vertu d'une autre disposition de la Convention, pour permettre à ce tribunal, à titre d'exception, d'entendre une autre action connexe à l'action principale qui lui a été soumise.

“in particular” which now appear in square brackets must be deleted; if it is to remain illustrative, the words should be retained.

- 20.2 One may ask whether two additional cases should be added to the existing list: the case where only the signing of a contract takes place on a territory, and the case where only acts preparatory to the conclusion of a contract take place there. Informal discussions with company lawyers indicate that these acts are regarded as anodyne and in themselves insufficient to give rise to jurisdiction in the courts for contentious cases relating to these contracts. This does not however affect jurisdiction for cases relating to the breaking off of negotiations or the injurious consequences of a failure to conclude the contract, since in that event the case will be one of delict or tort.

Article 21 Authorised grounds of jurisdiction

- 21.1 Working Document No 143 opened up an area of discussion to enable Contracting States to apply other grounds of jurisdiction than those provided for in the Convention. In this context, the list of prohibited *fora* becomes the centre of gravity of the Convention.
- 21.2 Is it necessary to require a substantial link between the court and the litigation? For example, where is the substantial link when a court finds it has jurisdiction in order to avoid a denial of justice?
- 21.3 It is perhaps difficult, in view of the importance of defining clearly all the grounds of jurisdiction which are compulsory under the Convention, to specify a list of authorised residual grounds. Rather, it might be desirable to have simply a general rule stating that Contracting States remain free to apply other grounds of jurisdiction which are provided by their national law, as long as the Convention does not exclude them in its Article on prohibited grounds.
- 21.4 If a general rule is accepted, should it contain a reservation for the exclusive grounds of jurisdiction for which the Convention may provide?
- 21.5 Another essential point still to be defined is the effects of a decision rendered on the basis of a ground of jurisdiction which is authorised by Article 21. Working Document No 143 does not touch upon this question. We will comment on this below in connection with Article 25.

Article 18 Related actions

- 18.1 The essential question remains whether related actions are to remain a mere ground of objection to jurisdiction, or whether they can be transformed into direct jurisdiction.
- 18.2 In the case of an objection to jurisdiction, a court of a Contracting State must be competent under another clause in the Convention, so that this court, by way of exception, can deal with another action related to the main case submitted to it.

Article 22 Autorité du tribunal saisi

Cette disposition apparaît dans le Document d'information No 2. Elle ne devrait pas poser d'énormes difficultés.

Article 2 Champ d'application géographique

- 2.1 Précisons d'abord qu'une clause de déconnexion permettra de réserver l'intégrité du fonctionnement des conventions régionales, telles les Conventions de Bruxelles et de Lugano, lorsque les critères d'application de ces Conventions sont remplis.
- 2.2 La Convention négociée à La Haye, devrait permettre de se placer, notamment, dans le cadre des articles 4 et 59 des Conventions de Bruxelles et de Lugano. La présente Convention devrait permettre de ne plus assigner les défendeurs domiciliés sur le territoire des Etats contractants de La Haye, en vertu de l'article 4 des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Toutefois, ceci n'oblige pas les rédacteurs à reprendre le critère géographique prévu par les Conventions de Bruxelles et de Lugano.
- 2.3 Lorsqu'en matière de compétence directe, l'on propose que la Convention s'applique dès lors que le tribunal saisi est situé sur le territoire d'un Etat contractant, on simplifie grandement l'hypothèse de sa mise en œuvre pratique et l'on donne un mécanisme efficace d'organisation des compétences internationales au plan mondial.
- 2.4 L'une des objections émise à l'encontre de ce système concerne l'interdiction d'utiliser des compétences exorbitantes envers des défendeurs situés sur le territoire d'Etats non contractants. Cette objection est effectivement importante et elle pourrait être prise en considération dans la rédaction de la disposition conventionnelle. Ainsi, les experts pourraient envisager de prévoir, à défaut de compétence au profit des tribunaux d'un Etat contractant en vertu des dispositions de la Convention, que les tribunaux des Etats contractant demeurent libres d'appliquer leurs fors exorbitants lorsque le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un Etat contractant (voir Doc.prél. No 9, p. 14 et 15, No 12). Si l'on suit cette voie, il conviendrait de prévoir le sort des jugements rendus sur la base de cette compétence.

Article X Règle de compétence générale ou spéciale, cas particulier des Etats fédéraux

Cette question ne doit pas, semble-t-il faire l'objet d'une disposition particulière (voir, cependant, le Document de travail No 110), mais doit permettre de prendre une décision sur la rédaction même des dispositions de compétence. Le Document de travail No 38 pourra constituer la base de la discussion. Toutefois, si les experts décidaient de rédiger les dispositions de compétence en terme de compétence générale, il faudrait alors prévoir une disposition pour les Etats fédéraux.

Article 25 Notion de décision

- 25.1 La première question demeurant en suspens est celle de savoir si l'on doit limiter la Convention à des décisions rendues par un tribunal ou, au contraire, ouvrir largement ce texte à toutes décisions rendues par une autorité de nature

Article 22 Authority of the court seised

This provision appears in Information Document No 2. It is unlikely to cause any major difficulty.

Article 2 Geographical scope of the Convention

- 2.1 We should first make clear that a disconnection clause will make it possible to reserve the full operation of regional conventions, such as the Brussels and Lugano Conventions, where the criteria for applying these Conventions are met.
- 2.2 The Convention negotiated at The Hague should be capable of fitting into in particular the framework of Articles 4 and 59 of the Brussels and Lugano Conventions. The present Convention should make it possible to cease suing defendants domiciled on the territory of Contracting States of The Hague, in accordance with Article 4 of the Brussels and Lugano Conventions. However, there is nothing to prevent the authors from repeating the geographical criterion laid down in the Brussels and Lugano Conventions.
- 2.3 Where in matters of direct jurisdiction, it is proposed that the Convention will apply whenever the court seised is situated on the territory of a Contracting State, this does much to simplify its implementation in practice, and provides an effective mechanism for organising international jurisdiction on the world-wide plane.
- 2.4 One of the objections raised to this system has to do with the prohibition against using exorbitant grounds of jurisdiction against defendants situated on the territory of non-Contracting States. This objection is indeed important and could be taken into account in drafting the provision of the Convention. Experts might consider a provision that, in the absence of jurisdiction in the courts of a Contracting State under the provisions of the Convention, the courts of Contracting States remain free to apply their exorbitant grounds of jurisdiction if the defendant is not domiciled in the territory of a Contracting State (see Prel. Doc. No 9, pages 14 and 15, No 12). If this approach is followed it should be decided what will happen to judgments rendered on this jurisdictional basis.

Article X Rule of general or special jurisdiction, the special case of federal States

This question will not, apparently, be the subject of a separate clause (but see Working Document No 110), however it should be possible to reach a decision on the actual wording of the jurisdictional provisions. Working Document No 38 could form the basis of the discussion. However, if the experts decide to draft the jurisdictional clauses in terms of general jurisdiction, a separate clause will have to be included for federal States.

Article 25 The concept of decision

- 25.1 The first outstanding question is whether the Convention is to be limited to decisions handed down by a court, or whether the text should also embrace all decisions made by any authority of a quasi-judicial nature. In view of the wide

juridictionnelle. Il semble que, compte tenu de la grande diversité des systèmes judiciaires des Etats intéressés par la future Convention, cette dernière hypothèse soit préférable. Selon ce qui aura été décidé à la question 1.4 ci-dessus, une disposition sera éventuellement nécessaire sous l'article 25.

- 25.2 La question des mesures provisoires ou conservatoires est directement liée à ce qui aura été décidé sur la question de la compétence directe. Si aucune compétence directe *in personam* n'est retenue pour les mesures provisoires ou conservatoires, on peut se demander si elles doivent être maintenues dans le chapitre de la reconnaissance et de l'exécution.
- 25.3 Si l'on retient l'hypothèse d'un article spécifique pour les compétences autorisées, il conviendra vraisemblablement d'ajouter un paragraphe à l'article 25 pour indiquer que les décisions rendues en vertu de l'article 21 ne font pas partie des décisions couvertes par la Convention. En d'autres termes, les Etats contractants ne pourront pas reconnaître ou exécuter la décision en vertu de la Convention tout en demeurant, bien entendu, libres de le faire en vertu de leur droit commun.

Article 26 Règle générale

Cette disposition ne semble pas soulever de difficulté majeure.

Article 27 Motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution

- 27.1 L'alinéa premier, *litt. b*, dépend de ce qui aura été décidé pour la disposition sur la litispendance. On peut d'ailleurs penser que l'idée sous-jacente à cette partie du texte serait certainement mieux placée dans la partie litispendance de la Convention.
- 27.2 La question de savoir si l'inconciliabilité de décisions rendues doit s'apprécier seulement entre les mêmes parties, doit être à nouveau discutée. L'exemple qui avait été donné en cours de discussion en novembre ayant trait à un jugement condamnant à payer une somme d'argent en vertu d'une garantie qui, par ailleurs, dans un autre jugement entre des parties différentes, aurait été jugée nulle et non avenue, permet de montrer que l'exigence d'une similitude de parties n'est pas forcément heureuse. Il peut en effet y avoir une inconciliabilité de décisions alors même que les parties ne sont pas les mêmes.
- 27.3 L'alinéa 1, *litt. c*, permet également de se poser la question de savoir si l'inconciliabilité de décisions doit être limitée à celle rendue dans un Etat contractant, ou si on peut admettre cette inconciliabilité également pour des décisions rendues dans des Etats non contractants. Il semble étrange de suggérer de faire privilégier un jugement émanant d'un Etat non contractant par rapport à un jugement d'un Etat contractant. Il semble donc que l'adjectif «contractant» doive être maintenu.

Article 28 Décisions par défaut

Cette disposition ne semble pas poser de difficulté.

variety of legal systems in the States affected by the future Convention, the latter approach seems to be preferable. Depending on the decision made on question 1.4 above, a separate clause may be needed for Article 25.

- 25.2 The question of provisional or protective measures is directly linked to the decision to be made on the question of direct jurisdiction. If direct competence *in personam* is not chosen for provisional or protective measures, one may ask whether they should be retained in the chapter on recognition and enforcement.
- 25.3 If it is decided to keep a specific article for authorised grounds of jurisdiction, it will probably be necessary to add a paragraph to Article 25 stating that decisions rendered under Article 21 are not among the decisions covered by the Convention. In other words, the Contracting States cannot recognise or enforce a decision under the Convention, while they remain free to do so under their ordinary law.

Article 26 General rule

This provision does not seem to raise any major difficulty.

Article 27 Grounds for refusal of recognition and enforcement

- 27.1 Paragraph 1 (b) depends on the decision to be made for the provision on *lis pendens*. In any case, it may well be that the idea underlying this part of the text would be better placed in the part of the Convention dealing with *lis pendens*.
- 27.2 The question whether the irreconcilable character of decisions rendered is to be appraised solely between the same parties will have to be discussed again. The example given during the discussion in November was that of a judgment ordering the payment of a fine under a warranty which, in another judgment between different parties, had been found null and void. This shows that the requirement for the parties to be the same is not necessarily a good idea. It is possible for decisions to be irreconcilable even when the parties are not the same.
- 27.3 Paragraph 1 (c) also raises the question whether irreconcilable decisions can only be those rendered in a Contracting State, or whether they may also be decisions rendered in non-Contracting States. It seems odd to suggest giving priority to a judgment emanating from a non-Contracting State as opposed to one from a Contracting State. Thus it appears that the adjective "Contracting" will have to be retained.

Article 28 Decisions rendered by default

This clause does not seem to raise any difficulty.

Article 29 Pièces à produire

Cette disposition ne semble pas poser de difficulté.

Article 30 Procédure

- 30.1 Le premier paragraphe constitue une règle minimale qui ne permet pas d'harmoniser les règles de procédure de reconnaissance et d'exécution. Toutefois, les experts voudront peut-être éviter de revenir sur cette discussion puisque nous avons un texte et que d'autres points beaucoup plus délicats demeurent ouverts.
- 30.2 Le deuxième paragraphe de l'article 30 paraît effectivement mieux placé dans le cadre de l'article 32.

Article 31 Frais de procédure

Le Comité de rédaction a laissé entre crochets la question de savoir si seule doit être appréciée la résidence habituelle du requérant à l'exécution dans un Etat contractant. Il s'agit ici d'une question de politique législative pour savoir si l'on peut effectivement opérer une discrimination entre les requérants selon l'Etat contractant ou non contractant dans lequel il réside ou duquel ils ont la nationalité.

Article 31 bis Aide judiciaire

- 31bis 1 Doit-on prévoir une telle règle dans une convention mondiale? Ne risque-t-on pas d'alourdir inutilement le texte?
- 31bis 2 La variante 1 permet de considérer que le principe de l'aide judiciaire est admis en fonction du droit de l'Etat d'origine, alors que son *quantum* est régi par le droit de l'Etat requis.

Quant à la variante 2, elle limite le bénéfice de l'aide judiciaire aux seules personnes ayant leur résidence habituelle dans un Etat contractant, ce qui est implicite dans la variante 1, puisqu'en tout état de cause l'Etat d'origine doit être un Etat contractant, mais elle soumet au droit de l'Etat requis à la fois le principe et le *quantum* de l'aide judiciaire éventuellement accordée.

Article 32 Effets de la décision

- 32.1 Dans cet article devrait apparaître le paragraphe 2 de l'article 30 permettant d'accorder reconnaissance ou exécution partielle à une décision étrangère à condition que la décision statue sur plusieurs chefs de demandes dissociables.
- 32.2 Quant aux autres effets, on pourrait discuter sur le point de savoir si l'on doit réintroduire la variante 1 proposée page 36 du Document d'information No 2. On peut se demander dans quelle mesure cette question n'est pas déjà en partie traitée, au moins de manière implicite, par l'article 26.

Article 29 Documents to be filed

This clause does not seem to raise any difficulty.

Article 30 Procedure

30.1 Paragraph 1 contains a minimal rule, not allowing for the harmonisation of the procedural rules for recognition and enforcement. However, the experts will perhaps prefer not to re-open discussion of this point, since we have a text and there are other much trickier points still to resolve.

30.2 Paragraph 2 of Article 30 would be better placed in Article 32.

Article 31 Costs of proceedings

The Drafting Committee left in square brackets the question whether the only issue is that the applicant for enforcement must be habitually resident in a Contracting State. This is a matter of legislative policy: is it feasible to discriminate among applicants depending on whether they are habitually resident in a Contracting or non Contracting State, or hold its nationality?

Article 31 bis Legal aid

31bis 1 Should a rule of this kind be included in a world-wide Convention? Would it unduly encumber the text?

31bis 2 Variant 1 implies that the principle of legal aid is admitted depending on the law of the State of origin, whereas its *quantum* is governed by the law of the State addressed.

As for Variant 2, it limits the payment of legal aid to persons who are habitually resident in a Contracting State, which is also implied by Variant 1, since in any case the State of origin must be a Contracting State, but it makes both the principle and the *quantum* of the legal aid to be granted subject to the law of the State addressed.

Article 32 Effects of the decision

32.1 This article should be drafted to include paragraph 2 of Article 30, which permits partial recognition or enforcement of a foreign decision provided the decision deals with a number of severable claims.

32.2 As for the other effects, one may consider whether Variant 1, proposed on page 36 of Information Document No 2, should be re-introduced. It may be asked to what extent this question has already been dealt with, at least implicitly, in Article 26.

Article 32 bis Dommages et intérêts

32bis 1 Notons que le Comité de rédaction a placé l'intégralité de ce texte entre crochets. Pourtant, il semble qu'une telle disposition peut, en son principe, assurer le succès de la Convention.

32bis 2 Il semble que le paragraphe 1 pourrait être lu, au moins dans sa version française, comme pouvant être utilisé à la fois pour diminuer le montant des dommages et intérêts et les augmenter si l'Etat requis considère qu'ils ne sont pas suffisants. Il ne semble pas que ce soit l'objectif voulu par les experts de la Commission spéciale. Si tel est bien le cas, la rédaction devrait être révisée.

Article 35 Coopération judiciaire – dialogue transfrontière entre juges

Le texte proposé page 40 du Document d'information No 2 est un texte permettant d'avancer dans une voie qui, pour n'être pas la règle aujourd'hui, devrait trouver de plus en plus à s'appliquer à l'avenir. Il n'est pas fait obligation au juge d'entamer une coopération transfrontière mais simplement d'une possibilité. Les experts décideront s'il convient de maintenir une telle disposition générale ou si il est suffisant d'y faire référence dans les dispositions de la Convention concernée.

Article 36 Formulaire

Le texte proposé à la page 40 du Document d'information No 2 pourra servir de base à la discussion. A titre d'information, il est donné en annexe au présent document, le formulaire qui a été proposé dans le cadre de la revision des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Ce texte existe encore à l'état de projet seulement.

Article 33 Actes authentiques

Un texte est proposé à la page 39 du Document d'information No 2.

Article 34 Transactions

Un texte est proposé à la page 39 du Document d'information No 2.

Article 38 Interprétation uniforme

38.1 Les Documents de travail Nos 94 et 96 doivent servir de base à nouveau à cette discussion. Compte tenu des débats qui ont eu lieu en novembre 1998, il semblerait possible de proposer plusieurs méthodes qui pourraient être combinées: un panel d'experts qui pourrait être interrogé de manière *ad hoc* par les tribunaux des Etats contractants ou une partie au litige, sachant que ces panels ne pourraient rendre qu'un avis consultatif non obligatoire. Par ailleurs, seraient également mises en place des Commissions spéciales périodiques de mise en œuvre permettant non seulement de faire un état des lieux de l'activité des tribunaux des Etats contractants mais également de proposer des recommandations concernant l'interprétation ou, même, concernant un amendement éventuel nécessaire à la Convention.

Article 32 bis Damages

32bis 1 We note that the Drafting Committee has placed the whole of this text in square brackets. However, it seems that a clause of this kind may in principle ensure that the Convention succeeds.

32bis 2 It seems that paragraph 1 could be read, at least in its French version, as being capable of being used both to reduce the amount of the damages and to increase them if the State addressed considers them insufficient. This does not seem to be the objective desired by the experts of the Special Commission. If this is so, the wording ought to be revised.

Article 35 Judicial co-operation – transfrontier communication between judges

The text proposed on page 40 of Information Document No 2 makes provision for further progress in a direction which, although it is not the rule today, will be followed increasingly in future. There is no obligation on judges to initiate transfrontier communication, but merely the option of doing so. The experts will decide whether a general provision along these lines should be retained, or whether it is enough to make reference to it in the clauses of the Convention concerned.

Article 36 Form

The text proposed on page 40 of Information Document No 2 could be used as a basis for discussion. By way of information, the form proposed during the revision of the Brussels and Lugano Conventions is annexed to this document. This text is still in draft form only.

Article 33 Authentic instruments

There is a suggested text on page 39 of Information Document No 2.

Article 34 Settlements

There is a suggested text on page 39 of Information Document No 2.

Article 38 Uniform interpretation

38.1 Working Documents Nos 94 and 96 should again be used as the basis for discussing this. In view of the debates which occurred in November 1998, it seems feasible to suggest several different methods which could be combined: a panel of experts which could be questioned on an *ad hoc* basis by the courts of Contracting States or a party to the dispute, in the knowledge that these panels can only render a non-binding advisory opinion. Special implementing commissions would also be set up from time to time, not only to review the activities of the courts of the Contracting Parties, but also to propose recommendations for the interpretation of the Convention, or even for an amendment if necessary.

- 38.2 Le règlement précis de la procédure suivie par les panels d'experts pourrait ne pas être rédigé immédiatement si le temps manque, compte tenu de l'ampleur des textes à rédiger. Il suffirait alors que le projet de Convention contienne un article concernant le principe de la création de ces panels et que le Secrétaire général convoque une Commission spéciale ultérieure, chargée exclusivement de préparer le règlement de procédure des panels *ad hoc*.

Article 40 Bilatéralisation

- 40.1 Le texte qui servira de base à la discussion est reproduit page 42 du Document d'information No 2.
- 40.2 La caractéristique essentielle de ce texte est d'exiger une déclaration positive par tous les Etats, qu'ils souhaitent être liés par la Convention à l'égard de chacun des Etats la ratifiant ou y accédant, y compris les Etats membres de la Conférence.

Article 37 Relation avec d'autres Conventions

- 37.1 Dans cette disposition, apparaîtra la clause de déconnexion avec les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Une première ébauche de texte apparaît à la variante 3, page 41 du Document d'information No 2.
- 37.2 D'autres Conventions pourraient être réservées comme, par exemple, les Conventions en matière d'arbitrage ou en matière de dommages nucléaires. Pour ce dernier exemple, voir le Document de travail No 132.

Preamble

Un texte a été proposé à la page 3 du Document d'information No 2. Les experts voudront certainement en discuter, afin de ne pas repousser cette discussion à la Conférence diplomatique sans avoir affiné la rédaction du texte au préalable.

- 38.2 The exact form of the procedure to be followed by the panels of experts need not be spelt out immediately if time is lacking, in view of the amount of text which has to be drafted. It would be enough for the Convention to contain an article on the principle of setting up these panels, and for the Secretary General to convene a subsequent Special Commission which would be responsible solely for drawing up the rules of procedure of the *ad hoc* panels.

Article 40 Bilateralisation

- 40.1 The text to be used as a basis for discussion will be found on page 42 of Information Document No 2.
- 40.2 The essential feature of this text is that it requires a positive statement by all States that they wish to be bound by the Convention *vis-à-vis* all States which ratify or accede to it, including the member States of the Conference.

Article 37 Relations with other Conventions

- 37.1 This clause will contain the disconnection clause for the Brussels and Lugano Conventions. There is an initial draft in Variant 3, page 41 of Information Document No 2.
- 37.2 A reservation could be made for other Conventions, such as the conventions on arbitration or nuclear damage. For the latter example, see Working Document No 132.

Preamble

There is a suggested text on page 3 of Information Document No 2. The experts will certainly wish to discuss this, in order to avoid deferring discussion of the matter to the Diplomatic Conference without refining the wording beforehand.