

May / mai 2015

(F)



**REFLECTION PAPER ON THE RELATIONSHIP BETWEEN THE FUTURE JUDGMENTS
CONVENTION AND THE CONVENTION ON CHOICE OF COURT AGREEMENTS**

drawn up by the Permanent Bureau

* * *

**DOCUMENT DE RÉFLEXION SUR L'ARTICULATION ENTRE LA FUTURE CONVENTION SUR
LES JUGEMENTS ET LA CONVENTION SUR LES ACCORDS D'ÉLECTION DE FOR**

établi par le Bureau Permanent

For the attention of the Working Group on the Judgments Project

À l'attention Groupe de travail relatif au projet sur les Jugements

L'élaboration de la future Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (future Convention Jugements) soulève la problématique des rapports de ce futur instrument avec un certain nombre d'autres instruments internationaux traitant en tout ou en partie de ces mêmes questions.¹ Parmi ces instruments figure la Convention de la Haye sur les accords d'élection de for (« Convention Election de for »). Ainsi, la présente note a pour objet d'analyser l'articulation entre la Convention Election de for et la future Convention Jugements en cas d'accord exclusif d'élection de for (B.), d'accord non exclusif d'élection de for (C.), et d'accord exclusif d'élection de for suivi d'une acceptation tacite de compétence (D.). Ces éléments de réflexion sont précédés de quelques remarques introductives sur le champ d'application de chacune des deux Conventions (A.). Le projet de texte préliminaire établi par le groupe de travail en février 2015 sert de base de travail pour la présente note (Doc. pré. No 7B de février 2015 ; « Projet de texte préliminaire »²).

A. Introduction

A. I. Champ d'application de la Convention Election de for

Le champ d'application de la Convention Election de for est en principe limité aux accords exclusifs d'élection de for conclus, dans des situations internationales, en matière civile ou commerciale (art. 1 (1) Convention Election de for). Cette Convention s'applique pour déterminer la compétence des tribunaux des Etats contractants, d'une part, et pour permettre la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans un Etat contractant dans les autres Etats contractants, d'autre part.

Dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères, l'article 8 paragraphe 1 de la Convention Election de for pose comme principe qu' « [u]n jugement rendu par un tribunal d'un Etat contractant désigné dans un accord exclusif d'élection de for est reconnu et exécuté dans les autres Etats contractants conformément au présent chapitre [ie. chapitre III]. La

Cette note de réflexion a été rédigée avec l'assistance de Justin Monsenepwo (Juriste Stagiaire) et Florence Guillaume (Professeur en détachement). Le Bureau Permanent souhaite les remercier pour leur excellent travail.

¹ Cette problématique a déjà fait l'objet de nombreuses analyses lors de la rédaction de la Convention Election de for. Voir SCHULZ A., Document de réflexion pour aider à la préparation d'une Convention sur la compétence et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, Document préliminaire No 19 d'août 2002, *in* Conférence de La Haye (édit.), Actes et Documents de la Vingtième session, Tome III, para. 133 et 134, p. 32 ; SCHULZ A., La relation entre le projet sur les jugements et d'autres instruments internationaux, Document préliminaire No 24 de décembre 2003, *in* Conférence de La Haye (édit.), Actes et Documents de la Vingtième session, Tome III, pp. 230-240; SCHULZ A., MURIA TUÑON A., VILLANUEVA MEZA R., Les instruments américains du droit international privé. Une note sur les rapports avec une future Convention de la Haye sur les accords d'élection de for, Document préliminaire No 31 à l'intention de la Vingtième session de juin 2005, *in* Conférence de La Haye (édit.), Actes et Documents de la Vingtième session, Tome III, pp. 318-347.

² Les abréviations des instruments et documents cités dans la présente note correspondent aux titres du Glossaire de la terminologie fréquemment utilisée (Glossaire de la terminologie fréquemment utilisée, préparé par le Bureau Permanent, juillet 2015).

reconnaissance ou l'exécution peut être refusée aux seuls motifs énoncés dans la présente Convention. »

Concernant le champ d'application de cette Convention, il faut relever que :

- Plusieurs matières sont expressément exclues de son champ d'application (cf. art. 2 Convention Election de for).
- Seuls les jugements rendus par un tribunal d'un Etat contractant désigné dans un accord exclusif d'élection de for sont en principe concernés par cette Convention. Toutefois, chaque Etat contractant peut faire une Déclaration (cf. art. 32 Convention Election de for) selon laquelle il applique également la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus par un tribunal d'un Etat contractant désigné dans un accord non exclusif d'élection de for. Mais cette possibilité d'étendre le champ d'application de la Convention ne concerne qu'une situation bien délimitée par l'article 22, à savoir : un Etat peut accepter de reconnaître et d'exécuter un jugement rendu par un tribunal d'un autre Etat contractant qui a été choisi par les parties dans le cadre d'un accord non exclusif d'élection de for, à condition que l'Etat d'origine de la décision ait fait la même Déclaration au sens de l'article 22. Par conséquent, sur la base du principe de la réciprocité, la Convention ne peut pas s'appliquer en l'absence d'une telle Déclaration de la part de l'Etat d'origine de la décision et de l'Etat requis de reconnaître et exécuter la décision si la compétence du tribunal d'origine est fondée sur un accord non exclusif d'élection de for.
- La Convention Election de for ne s'applique qu'en matière internationale. S'agissant de la reconnaissance et de l'exécution d'une décision, la situation est internationale « lorsque la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger est requise » (art. 1 (3) Convention Election de for). En outre, la Convention ne s'applique que si le jugement qui doit être reconnu provient d'un autre Etat contractant (art. 8 (1) Convention Election de for). Toutefois, chaque Etat contractant peut faire une Déclaration (cf. art. 32 Convention Election de for) selon laquelle ses tribunaux peuvent refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement rendu par un tribunal d'un autre Etat contractant « lorsque les parties avaient leur résidence dans l'Etat requis et que les relations entre les parties, ainsi que tous les autres éléments pertinents du litige, autres que le lieu du tribunal élu, étaient liés uniquement à l'Etat requis » (art. 20 Convention Election de for). Autrement dit, un Etat peut refuser de reconnaître ou exécuter une décision étrangère qu'il considère comme purement interne, s'il a fait cette Déclaration.

A. II. Champ d'application de la future Convention Jugements

La future Convention Jugements a un champ d'application matériel qui n'est pas encore entièrement défini, mais qui correspondra vraisemblablement en grande partie à celui de la Convention Election de for. L'article 4 paragraphe 1 du Projet de texte préliminaire pose comme principe qu' « [u]n jugement rendu par

un tribunal d'un Etat contractant (Etat d'origine) auquel la présente Convention s'applique est reconnu et exécuté dans un autre Etat contractant (Etat requis) conformément aux dispositions du présent chapitre [ie. chapitre II]. La reconnaissance ou l'exécution ne peut être refusée qu'aux motifs prévus par la présente Convention. »

Concernant le champ d'application de la future Convention, il faut relever qu'à ce stade du projet :

- Plusieurs matières sont expressément exclues du champ d'application de la future Convention (cf. art. 2 du Projet de texte préliminaire).
- La future Convention Jugements ne s'applique qu'en matière internationale, à savoir à « la reconnaissance ou l'exécution, dans un Etat contractant, d'un jugement rendu dans un autre Etat contractant » (art. 1 (2) du Projet de texte préliminaire).
- Les clauses générales, et notamment les éventuelles possibilités de Déclarations, n'ont pas encore été examinées.

A. III. Articulation entre les deux instruments

Sur la base des éléments qui précèdent, plusieurs remarques peuvent être formulées en lien avec le champ d'application respectif de ces deux instruments, en partant du principe que l'Etat d'origine de la décision et l'Etat requis de reconnaître ou exécuter ladite décision ont tous deux ratifié aussi bien la Convention Election de for que la future Convention Jugements :³

- Premièrement, si les parties ont convenu d'un accord exclusif d'élection de for pour une matière entrant dans le champ d'application de la Convention Election de for, la reconnaissance ou l'exécution d'une décision rendue dans l'Etat contractant choisi devrait intervenir conformément à cette Convention dans les autres Etats contractants. Il semble en effet acquis que la Convention Election de for devrait l'emporter sur la future Convention Jugements (principe *lex specialis derogat lege generali*). Il serait néanmoins utile de spécifier cette règle dans un article consacré aux rapports avec les autres instruments internationaux. Nous reviendrons sur ce point ci-dessous (B.).
- Deuxièmement, s'il apparaît qu'une décision ne peut pas être reconnue ou exécutée en application de la Convention Election de for, par exemple en raison du fait que l'accord exclusif d'élection de for est nul (cf. art. 9 (a) Convention Election de for), pourrait-elle être reconnue ou exécutée en application de la Convention Jugements ? Cette question se pose également dans d'autres situations. Par exemple, lorsqu'un Etat a fait une Déclaration – conformément à la Convention Election de for – qui lui permet de refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement étranger dans une situation qu'il considère comme purement interne (cf. art. 20 Convention Election de for), devra-t-il néanmoins appliquer la Convention Jugements pour reconnaître ou exécuter la même décision ?

³ Pour une présentation sous forme de schémas des questions traitées dans ce document, voir l'Annexe I.

Cette problématique rejoint celle des rapports avec les autres instruments internationaux et devra être clarifiée dans le cadre de la rédaction des clauses générales. Nous l'aborderons partiellement ci-dessous (B.).

- Troisièmement, si les parties ont convenu d'un accord non exclusif d'élection de for pour une matière entrant dans le champ d'application de la Convention Election de for, la reconnaissance ou l'exécution d'une décision rendue dans un des Etats contractants choisis devrait pouvoir intervenir conformément à cette Convention uniquement si les deux Etats concernés ont fait une Déclaration selon laquelle ils appliquent également la Convention Election de for pour la reconnaissance et l'exécution des accords non exclusifs d'élection de for (art. 22 Convention Election de for). Nous aborderons cette question ci-dessous (C.).
- Quatrièmement, hors cette hypothèse particulière de Déclarations réciproques selon l'article 22 de la Convention Election de for, celle-ci ne devrait pas s'appliquer à la reconnaissance ou l'exécution d'une décision rendue dans un des Etats contractants choisis dans un accord non exclusif d'élection de for. Dans ce cas, la future Convention Jugements devrait en principe s'appliquer. Nous reviendrons sur ce point ci-dessous (C.).
- Cinquièmement, si les parties ont convenu d'un accord exclusif d'élection de for pour une matière entrant dans le champ d'application de la Convention Election de for, mais que le demandeur ne respecte pas cet accord et saisit le tribunal d'un autre Etat contractant dont la compétence n'est pas contestée par le défendeur, la reconnaissance ou l'exécution de la décision ne peut pas intervenir en application de cette Convention. Dans cette hypothèse d'acceptation tacite de compétence, sera-t-il possible d'appliquer la Convention Jugements ? Nous reviendrons sur cette question ci-dessous (D.).
- Sixièmement, si les parties ont convenu d'un accord exclusif d'élection de for pour une matière qui n'entre pas dans le champ d'application de la Convention Election de for, mais qui entre dans celui de la Convention Jugements (ce qui est envisageable notamment si les champs d'application matériels ne sont pas identiques)⁴, la Convention Jugements devrait s'appliquer à la reconnaissance ou l'exequatur d'une décision rendue dans l'Etat contractant choisi dans les autres Etats contractants. Cette règle semble aller de soi et nous ne la développerons pas davantage dans la présente note.

⁴ A titre illustratif, les entraves à la concurrence sont exclues du champ d'application de la Convention Election de for (art. 2 (2) let. h), alors qu'elles sont couvertes par la future Convention Jugements (art. 2 du Projet de texte préliminaire).

B. Articulation entre les deux instruments en cas d'accord exclusif d'élection de for

Dans l'hypothèse où les parties ont désigné, pour connaître des litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, exclusivement les tribunaux d'un Etat X conformément à la Convention Election de for, il est à se demander si la reconnaissance et l'exécution d'un jugement se fera sur la base de la Convention Election de for (art. 8 (1)) ou de la future Convention Jugements (art. 4 (1) du Projet de texte préliminaire).

La question se pose, bien entendu, uniquement dans l'hypothèse où l'Etat d'origine de la décision (Etat X) et l'Etat requis (Etat Y) sont tous deux parties aux deux Conventions et que toutes deux sont, par ailleurs, susceptibles de s'appliquer eu égard à leur champ d'application. Si l'Etat d'origine n'est pas partie à la Convention Election de for, un Etat qui est partie à cette Convention ne peut pas l'appliquer pour reconnaître ou exécuter un jugement rendu par l'un de ses tribunaux (cf. art. 8 (1) Convention Election de for).

Il convient de distinguer deux hypothèses :

B. I. Hypothèse où le tribunal élu est celui qui a statué

Lorsque le tribunal de l'Etat X, choisi par accord exclusif d'élection de for, a statué, la question se pose de savoir si la reconnaissance ou l'exécution de cette décision dans l'Etat Y doit intervenir en application de la Convention Election de for ou de la future Convention Jugements.

Selon l'article 4 paragraphe 1 du Projet de texte préliminaire :

« Un jugement rendu par un tribunal d'un Etat contractant (Etat d'origine) auquel la présente Convention s'applique est reconnu et exécuté dans un autre Etat contractant (Etat requis) conformément aux dispositions du présent chapitre. La reconnaissance ou l'exécution ne peut être refusée qu'aux motifs prévus par la présente Convention. »

Selon l'article 8 paragraphe 1 de la Convention Election de for :

« Un jugement rendu par un tribunal d'un Etat contractant désigné dans un accord exclusif d'élection de for est reconnu et exécuté dans les autres Etats contractants conformément au présent chapitre. La reconnaissance ou l'exécution peut être refusée aux seuls motifs énoncés dans la présente Convention. »

Ces deux dispositions peuvent s'appliquer pour la reconnaissance ou l'exécution d'une décision rendue par le tribunal choisi par les parties dans leur accord d'élection de for. Le projet d'article 4 paragraphe 1 de la future Convention Jugements est plus général, dès lors qu'il couvre un champ d'application beaucoup plus vaste. L'article 8 paragraphe 1 de la Convention Election de for est plus spécifique, dès lors que son champ d'application est limité aux accords d'élection de for.

La question se pose par conséquent de savoir quelle Convention l'Etat Y devra appliquer lorsque le tribunal qui a statué est celui désigné par les parties dans l'accord d'élection de for.

B. II. Hypothèse où le tribunal élu n'est pas celui qui a statué

L'article 5 paragraphe 2 du Projet de texte préliminaire précise :

« La reconnaissance ou l'exécution peut également être refusée si la procédure devant le tribunal d'origine était contraire à un accord d'élection de for [reconnu par la loi de l'État requis] ou à toute autre clause figurant dans l'acte constitutif d'un trust en vertu de laquelle le litige en question devait être tranché [autrement que par une procédure devant] [devant un autre tribunal que] le tribunal d'origine. »

Cette disposition est susceptible de s'appliquer lorsque le tribunal qui a statué n'est pas celui qui avait été choisi par les parties dans leur accord d'élection de for. Dans pareil cas, la décision ne sera en principe pas reconnue et exécutée dans les autres Etats contractants.

L'article 8 paragraphe 1 de la Convention Election de for est également susceptible de s'appliquer dans cette situation. Il amène également à la solution que la décision ne sera en principe pas reconnue et exécutée dans les autres Etats contractants.

La question se pose par conséquent de savoir quelle Convention l'Etat Y devra appliquer lorsque le tribunal qui a statué n'est pas celui désigné par les parties dans l'accord d'élection de for.

B. III. Application de l'article 26 paragraphe 4 de la Convention Election de for

Pour régler la question de l'articulation entre la Convention Election de for et les autres instruments internationaux, l'article 26 de la Convention Election de for prévoit quatre règles de « *céder le passage* ». L'article 26 paragraphe 4 de la Convention Election de for traite spécifiquement des rapports entre la Convention et les autres traités permettant la reconnaissance ou l'exécution des jugements, sans égard au fait que ce traité ait été conclu avant ou après la Convention Election de for. Cette règle n'a de pertinence que si les deux Etats concernés sont parties aux deux conventions considérées.

Le principe posé à l'article 26 paragraphe 4 de la Convention Election de for est que cette Convention n'empêche pas un Etat également partie à un autre traité d'appliquer ce traité en matière de reconnaissance et d'exécution. Cette règle est l'expression du principe *favor recognitionis* : elle a pour objet de promouvoir la reconnaissance et l'exécution des jugements.⁵ Cela signifie qu'un Etat partie à la fois à la Convention d'Election de for et à la future Convention Jugements peut

⁵ HARTLEY T., DOGAUCHI M., Rapport explicatif de la Convention Election de for, *in* Conférence de La Haye (édit.), Actes et Documents de la Vingtième session, Tome III, para. 287, p. 852.

appliquer l'une ou l'autre Convention pour reconnaître ou exécuter une décision provenant d'un autre Etat qui est, par hypothèse, également partie aux deux Conventions.

Toutefois, l'article 26 paragraphe 4, 2^{ème} phrase, de la Convention Election de for précise que « ce jugement ne doit pas être reconnu ou exécuté à un degré moindre qu'en vertu de cette Convention [ie. la Convention Election de for] ». Autrement dit, l'application d'une autre Convention doit être préférée si elle permet une reconnaissance ou une exécution plus efficace ou dans une plus large mesure.⁶

L'article 26 de la Convention Election de for conduit donc à laisser le choix au créancier du jugement d'appliquer soit la Convention Election de for, soit la Convention Jugements. Faut-il admettre que ce choix existe lorsque le jugement ne pourrait pas être reconnu en application de la Convention Election de for, mais pourrait l'être en application de la future Convention Jugements ? Dans l'hypothèse où l'une des conditions de reconnaissance prévues dans la Convention Election de for n'est pas remplie, le créancier du jugement peut-il se rabattre sur la Convention Jugements pour demander la reconnaissance et l'exécution de cette décision ? On peut envisager, par exemple, l'hypothèse où l'Etat requis refuserait la reconnaissance ou l'exécution en raison du fait que l'accord d'élection de for est nul (cf. art. 9(a) Convention Election de for), ou en raison du fait qu'il considère la situation comme purement interne (cf. art. 20 Convention Election de for). Cette solution n'est pas heureuse car il semblerait préférable d'accorder la primauté à la Convention Election de for dans la mesure où celle-ci est plus spécifique que la future Convention Jugements (principe *lex specialis derogat lege generali*). En effet, la Convention Election de for se focalise sur une hypothèse spécifique de procédure, à savoir l'élection de for, alors que la future Convention Jugements aborde de façon générale la reconnaissance et l'exécution des jugements.

Partant, il pourrait être souhaitable d'introduire une clause de déconnexion dans la future Convention Jugements permettant de donner préférence à la Convention Election de for en cas de chevauchement des deux Conventions.

B. IV. Insertion d'une clause de déconnexion dans la future Convention jugements

Une règle de « *céder le passage* », pourrait être insérée dans la future Convention jugements et avoir pour objet de :

- consacrer explicitement la primauté de la Convention Election de for dans des cas bien déterminés, de sorte que la future Convention Jugements n'affecte pas l'application de la Convention Election de for par un Etat partie aux deux Conventions; et
- confirmer l'application de la future Convention Jugements uniquement dans les cas hors du champ d'application de la Convention Election de for.

⁶ HARTLEY T., DOGAUCHI M., *supra* note 5, para. 287, p. 852.

Ainsi, le texte suivant pourrait être envisageable :

« La Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for l'emporte sur la présente Convention dans les relations entre les Etats parties aux deux Conventions. »

Ce texte pourrait être intégré dans le futur article consacré aux Rapports avec d'autres instruments internationaux.

En outre, le Groupe de travail pourrait examiner la question de savoir si l'article 26 paragraphe 4 de la Convention Election de for devrait conduire à l'application de la future Convention Jugements, en dernier ressort, de manière à ce qu'une décision qui ne pourrait pas être reconnue et exécutée en application des conditions fixées par la Convention Election de for pourrait néanmoins être susceptible d'être reconnue et exécutée en application de la future Convention Jugements.

C. Articulation entre les deux instruments en cas d'accord non exclusif d'élection de for

Dans l'hypothèse où les parties ont désigné, pour connaître des litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, les tribunaux d'un ou plusieurs Etats contractants au moyen d'un accord non exclusif d'élection de for, il est à se demander si la reconnaissance et l'exécution d'un jugement provenant d'un Etat désigné dans l'accord non exclusif se fera sur la base de la Convention Election de for (art. 8 (1)) ou de la future Convention Jugements (art. 4 (1) du Projet de texte préliminaire).

La question se pose, bien entendu, uniquement dans l'hypothèse où l'Etat d'origine de la décision (Etat X) et l'Etat requis (Etat Y) sont tous deux parties aux deux Conventions et que toutes deux sont, par ailleurs, susceptibles de s'appliquer eu égard à leur champ d'application. Si l'Etat d'origine n'est pas partie à la Convention Election de for, un Etat qui est partie à cette Convention ne peut pas l'appliquer pour reconnaître ou exécuter un jugement provenant de cet Etat (cf. art. 8 (1) Convention Election de for).

La Convention Election de for ne s'applique en principe que lorsque les parties ont convenu d'un accord *exclusif* d'élection de for (cf. art. 1 (1) Convention Election de for). Toutefois, l'article 22 paragraphe 1 de la Convention Election de for permet aux Etats contractants d'étendre le champ d'application de la Convention aux accords *non exclusifs* d'élection de for au moyen d'une Déclaration :

« Un Etat contractant peut déclarer que ses tribunaux reconnaîtront et exécuteront des jugements rendus par des tribunaux d'autres Etats contractants désignés dans un accord d'élection de for conclu entre deux ou plusieurs parties, qui est conforme aux exigences prévues à l'article 3, paragraphe c), et qui désigne, pour connaître des litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, un tribunal ou des tribunaux d'un ou plusieurs Etats contractants (un accord non exclusif d'élection de for). »

L'application de la Convention Election de for pour reconnaître ou exécuter une décision rendue par un tribunal d'un Etat contractant qui a été désigné par les parties dans un accord non exclusif est soumise à des conditions particulières (art. 22 (2) Convention Election de for) :

« Lorsque la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu dans un Etat contractant ayant fait une telle déclaration est requise dans un autre Etat contractant ayant fait une telle déclaration, le jugement est reconnu et exécuté en vertu de la présente Convention, si :

- a) le tribunal d'origine était désigné dans un accord non exclusif d'élection de for ;*
- b) il n'existe ni un jugement d'un autre tribunal devant lequel des procédures pourraient être engagées conformément à l'accord non exclusif d'élection de for, ni une procédure pendante entre les mêmes parties devant un tel autre tribunal ayant le même objet et la même cause ; et*
- c) le tribunal d'origine était le premier tribunal saisi. »*

Dès lors que l'article 22 de la Convention Election de for ne peut s'appliquer que si les deux Etats concernés ont fait la Déclaration (condition de réciprocité), il convient de distinguer deux hypothèses :

C. I. Déclarations réciproques selon l'article 22 de la Convention Election de for

Dans cette hypothèse, l'Etat requis peut appliquer cette Convention pour reconnaître la décision.

La future Convention Jugements ne fait pas de distinction entre un accord d'élection de for exclusif et un accord d'élection de for non exclusif. En particulier, l'article 5 paragraphe 2 du Projet de texte préliminaire se réfère de manière générale au terme « accord d'élection de for » :

« La reconnaissance ou l'exécution peut également être refusée si la procédure devant le tribunal d'origine était contraire à un accord d'élection de for [reconnu par la loi de l'Etat requis] [...]. »

Cette disposition couvre aussi la reconnaissance et l'exécution d'un jugement rendu par un tribunal sur la base d'un accord non exclusif d'élection de for. En effet, il y est fait mention d'un « *accord d'élection de for* » (« *agreement* » dans la version anglaise), sans tenir compte du caractère exclusif ou non exclusif.

Par conséquent, la reconnaissance ou l'exécution est susceptible d'intervenir aussi bien en application de la Convention Election de for que de la future Convention Jugements dans cette hypothèse. Si le tribunal qui a statué est celui d'un Etat choisi par les parties, le jugement est susceptible d'être reconnu. Si le tribunal qui a statué n'est pas celui d'un Etat choisi par les parties, le jugement ne sera vraisemblablement pas reconnu, aussi bien en application d'une Convention que de l'autre. La question se pose par conséquent de savoir quelle Convention l'Etat requis devra appliquer. Des propositions de solutions seront formulées ci-dessous (cf. *infra* C.IV).

Toutefois, la question de l'articulation entre les deux Conventions dans ce cas très particulier se posera vraisemblablement moins souvent en pratique que les cas étudiés précédemment (cf. *supra* B.). L'exigence de la réciprocité réduit en effet considérablement le champ d'application de l'article 22 de la Convention Election de for.

C. II. Absence de Déclarations réciproques selon l'article 22 de la Convention Election de for

Si l'Etat d'origine de la décision ou l'Etat requis de reconnaître ou exécuter la décision n'a pas fait une Déclaration conformément à l'article 22 de la Convention Election de for, l'Etat requis ne peut pas appliquer cette Convention pour reconnaître la décision. En particulier, si l'Etat requis a fait cette Déclaration mais que l'Etat d'origine n'a pas fait cette Déclaration, l'Etat requis ne pourra pas appliquer la Convention Election de for pour reconnaître ou exécuter la décision.

Dans ce cas, l'Etat requis pourrait appliquer la future Convention Jugements qui ne fait pas – en l'état du projet – de distinction entre les accords exclusifs et non exclusifs d'élection de for. La Convention Jugements complèterait ainsi la Convention Election de for en permettant la reconnaissance ou l'exécution d'une décision rendue par les tribunaux d'un autre Etat contractant désignés dans un accord non exclusif d'élection de for. Dans cette hypothèse, l'articulation entre les deux Conventions ne pose pas de problème particulier. Mais il faudrait probablement envisager des conditions particulières pour la reconnaissance de tels jugements.

Avant d'exposer de possibles solutions à ce sujet (cf. *infra* C.IV), il convient de retracer brièvement l'évolution du régime des accords non exclusifs d'élection de for dans le cadre des travaux récents de la Conférence, ainsi que les raisons qui ont conduit à l'insertion de la condition de la réciprocité à l'article 22 de la Convention Election de for.

C. III. Régime des accords non exclusifs d'élection de for dans le cadre des travaux de la Conférence

1. Régime des accords non exclusifs d'élection de for dans le cadre de la première phase du projet Jugements

Le Texte provisoire de 2001 prévoyait déjà en son article 22 paragraphe 1 de donner à la juridiction choisie par un accord d'élection de for non exclusif la discrétion d'accepter ou de refuser d'exercer sa compétence.⁷

Les problèmes que posait l'insertion des accords non exclusifs dans le Texte provisoire de 2001 étaient les suivants :

⁷ SCHULZ A., Document de réflexion pour aider à la préparation d'une Convention sur la compétence et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, *supra* note 1, para. 64 et 67, p. 22.

- Problématique de l'obligation pour toute juridiction saisie dans un Etat contractant de rejeter l'affaire pour incompétence ou surseoir à statuer si les parties avaient choisi les juridictions d'un autre Etat.
- Problématique de la litispendance (procédures parallèles): il ne fut pas encore décidé de manière générale si la solution autonome du Texte provisoire de 2001 prévue à l'article 21 contraindrait la juridiction choisie à titre non exclusif saisie en second à surseoir à statuer en faveur de la juridiction première saisie ne disposant que d'une compétence dite « grise »⁸; ainsi, dans l'hypothèse où la juridiction saisie en second désignée par une clause de for non exclusive s'estimait être le for le plus approprié et ne souhaitait pas refuser sa compétence, il y aurait eu des procédures parallèles menées dans deux Etats sans que la Convention ne prévoie de solution.⁹

2. Régime des accords non exclusifs d'élection de for dans le cadre de la préparation de la Convention Election de for

C'est lors de la deuxième réunion du Groupe de travail informel sur le projet des jugements, tenue du 6 au 9 janvier 2003, que l'exclusion des accords non exclusifs d'élection de for a été mentionnée. Cette question fut abordée en rapport avec les mesures provisoires.¹⁰ En effet, au cours de sa Première réunion, le groupe avait énuméré un certain nombre de principes en rapport avec des mesures provisoires en présence, d'une part, d'un accord exclusif d'élection de for et, d'autre part, d'un accord non exclusif d'élection de for. Concernant les accords d'élection de for non exclusifs, les avis au sein du groupe informel étaient partagés sur l'opportunité et la façon de régler une situation où, par exemple, les juridictions d'un Etat contractant délivrent une injonction anti-poursuites à l'encontre d'une personne ayant engagé une procédure à l'étranger devant la juridiction choisie dans un autre Etat contractant. *In fine*, il fut proposé « *de limiter la convention aux clauses exclusives d'élection de for (dans ce cas, aucune règle sur les injonctions anti-poursuites ne serait nécessaire)* »¹¹.

Cependant, plusieurs délégations¹² demandèrent par la suite l'insertion des accords non exclusifs dans la Convention lors des réunions de la Commission

⁸ C'est-à-dire sur la base des règles de compétence de droit national restant applicables dans chaque Etat : SCHULZ A., Document préliminaire No 19 d'août 2002, *supra* note 1, para. 56 et 57, p. 20. Il fut déjà relevé qu'une telle question ne se poserait pas dans une convention ne comportant qu'une « liste blanche » (voir SCHULZ A., *Ibid.*, para. 87, note 44, p. 26).

⁹ SCHULZ A., Document préliminaire No 19 d'août 2002, *supra* note 1, para. 91, p. 26.

¹⁰ SCHULZ A., Rapport de la Deuxième réunion du Groupe de travail informel sur le projet des jugements, Doc. pré. No 21 de janvier 2003, *in* Conférence de La Haye (édit.), Actes et Documents de la Vingtième session, Tome III, para. 15 et 16, p. 56.

¹¹ SCHULZ A., *supra* note 10, para. 16, p. 56.

¹² Durant la séance du vendredi 24 juin 2005 de la Deuxième Commission sur la Convention Election de for, notamment la délégation Suisse (M. Markus) et la délégation chinoise (M. Poon) ont non seulement soutenu la proposition du Document de travail No 28 des délégations australienne et américaine ayant conduit à l'article 22 de la Convention Election de for, mais ont clairement indiqué l'importance d'incorporer les clauses non exclusives d'élection de for dans la Convention (voir Procès-verbal No 17, séance du vendredi 24 juin 2005 (matin), *in* Conférence de La Haye (édit.), Actes et Documents de la Vingtième session, Tome III, pp. 684-685).

Spéciale. C'est dans le document de travail No 28 distribué le lundi 20 juin 2005¹³ que fut proposée, comme solution de compromis, l'option des déclarations réciproques sur les accords non exclusifs d'élection de for dans le cadre de « l'article Q » intitulé « *Reciprocal declarations on recognition and enforcement of judgments based on non-exclusive choice of court agreements* » :

« 1. *A contracting State may declare that its courts will recognise and enforce judgments from the courts of other Contracting States based on choice of court agreements other than exclusive choice of court agreements.*

2. *When a judgment from one Contracting State that has made such a declaration is presented for recognition or enforcement in the courts of another Contracting State that has made such a declaration, such judgment shall be recognized and enforced in accordance with Chapter III, if*

- a) *The jurisdiction of the court rendering the judgment was based on a choice of court agreement that meets the requirements of paragraph c) of Article 3, but is not an exclusive choice of court agreement as defined in paragraph a) of Article 3, and*
- b) *There exists neither a judgment from any other court nor a proceeding pending in any other court on the same subject matter between the same parties.*

3. *Such a declaration may be made upon ratification, acceptance, approval or accession or at any time thereafter, and it may be modified or withdrawn at any time. It shall be communicated to the Depositary and shall take effect 90 days after such communication is received. »*

Le « Groupe de travail sur diverses questions » (« *Working group on various Matters* »)¹⁴ proposa d'insérer l'article Q après l'article 20 avec le contenu suivant :

« 1. *Un Etat contractant peut déclarer que ses tribunaux reconnaitront et exécuteront des décisions d'autres Etats contractants désignés dans un accord d'élection de for conclu par deux ou plusieurs parties qui rencontre les conditions du paragraphe c) de l'article 3 et désigne, afin de décider des différends qui sont nés ou qui pourraient naitre en rapport avec une relation de droit, un tribunal ou des tribunaux dans un ou plusieurs Etats contractants (un accord d'élection de for non exclusif).*

2. *Lorsqu'un jugement d'un Etat contractant qui a fait une telle déclaration est présenté pour reconnaissance ou exécution aux tribunaux d'un autre Etat contractant qui a fait une telle déclaration, ce jugement doit être reconnu et exécuté conformément au chapitre III, si :*

- a) *Le tribunal d'origine était désigné dans un accord d'élection de for non exclusif,*
- b) *Il n'existe ni un jugement d'un tribunal dans lequel des procédures auraient été initiées conformément avec un accord d'élection de for non exclusif, ni une procédure pendante devant un tribunal portant sur la même question entre les mêmes parties ; et*

¹³ Proposal of the delegation of Austria and the United States of America, in Conférence de La Haye (édit.), Actes et Documents de la Vingtième session, Tome III, p. 517.

¹⁴ Document de travail No 71, Groupe de travail sur diverses questions, in Actes et documents de la Vingtième Session, Tome III, Election de for, pp. 530 et 532. Voir aussi Document de travail No 88, Proposition du Comité de rédaction, in Conférence de La Haye (édit.), Actes et Documents de la Vingtième session, Tome III, p. 554.

c) *Le tribunal d'origine était le premier tribunal saisi dans cette affaire.* »

Tel qu'indiqué dans le procès-verbal No 17 de la séance du 24 juin 2005, l'article Q (dont la place dans le texte final de la Convention n'était pas encore spécifié) s'inscrivait dans la droite ligne du texte de mars 2003.¹⁵ Il avait pour but de permettre la reconnaissance et l'exécution des jugements basés sur un accord non exclusif d'élection de for. Initialement, cette matière fut prévue dans le chapitre sur la compétence.¹⁶ Cependant, il était difficile dans le chapitre II de la Convention de régler en même temps les clauses exclusives et celles non-exclusives d'élection de for. Du fait des nombreux problèmes que l'inclusion des clauses non exclusives dans le chapitre sur la compétence soulevait, cette partie fut retirée du texte du projet de Convention.

Le Document de travail No 28 susmentionné – qui fut discuté lors de la séance de travail de la Deuxième commission du vendredi 24 juin 2005 – souligne par exemple l'importance des clauses non exclusives d'élection de for dans les accords et transactions financières.¹⁷ C'est pourquoi le principe d'incorporer les accords non exclusifs d'élection de for dans la Convention fut accepté.¹⁸

Cependant, toujours selon le Rapport Schulz, la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus sur la base d'un accord non exclusif d'élection de for s'accompagnaient de garde-fous prévus à l'article 9, d'une part, et consistant en l'exigence d'une déclaration réciproque des Etats, d'autre part. Cette dernière option constituait une solution de compromis entre les Etats contractants désirant jouir des bénéfices de la circulation des jugements (y compris sur la base d'un accord non exclusif d'élection de for) et ceux qui étaient plus réservés par rapport à la pertinence de l'insertion des accords non exclusifs d'élection de for dans la Convention.¹⁹ Le caractère optionnel de la reconnaissance et de l'exécution des jugements rendus sur la base d'un accord non exclusif d'élection de for constituait, en plus des garanties qu'offrait l'article 9, un mécanisme de protection supplémentaire, parce que cela permettrait à un Etat d'attendre et de voir comment la mise en œuvre de la Convention concernant cette question pourrait évoluer. Ainsi, l'essentiel de la Convention porterait sur les accords exclusifs d'élection de for, à côté d'une possibilité d'*opt-in* concernant les accords non exclusifs.²⁰ Enfin, il fut décidé que l'article Q sur les clauses non exclusives

¹⁵ Procès-verbal No 17, séance du vendredi 24 juin 2005 (matin), in Conférence de La Haye (édit.), Actes et Documents de la Vingtième session, Tome III, p. 684.

¹⁶ Dans la proposition du Comité de rédaction – tout comme dans la version actuelle de la Convention – il s'agissait du chapitre II (cf. Document de travail No 88, Proposition du Comité de rédaction, in Conférence de La Haye (édit.), Actes et Documents de la Vingtième session, Tome III, p. 554).

¹⁷ Voir Procès-verbal No 17, séance du vendredi 24 juin 2005 (matin), in Conférence de La Haye (édit.), Actes et Documents de la Vingtième session, Tome III, pp. 683 ss, spéc. 685 et 686.

¹⁸ Procès-verbal No 17, séance du vendredi 24 juin 2005 (matin), in Conférence de La Haye (édit.), Actes et Documents de la Vingtième session, Tome III, p. 688.

¹⁹ Procès-verbal No 17, séance du vendredi 24 juin 2005 (matin), in Conférence de La Haye (édit.), Actes et Documents de la Vingtième session, Tome III, p. 687: « *The proposal in Working Document No 28 was a compromise to satisfy the States that wanted to recognize judgments based on a non-exclusive choice of courts agreements, without imposing it on the other States. If a State did not want to recognize such judgment, it should not prevent the others from doing so* » (M. Bucher, Suisse).

²⁰ Il ressort des débats que telle fut la position de nombreuses délégations, notamment celle de la Suisse (M. Markus), celle de la Nouvelle-Zélande (M. Goddard), celle de la Chine (M. Poon), celle du Japon, etc. Cette position emporta aussi l'adhésion du Président de la séance, M. Bucher (Suisse).

d'élection de for serait adopté tel que figurant dans le Document de travail No 71, mais qu'il serait retouché de sorte qu'il soit en accord avec l'article 9 de la Convention.

C. IV. Insertion de clauses de déconnexion dans la future Convention Jugements

L'articulation entre les deux Conventions, dans l'hypothèse où les deux Etats ont fait la Déclaration de l'article 22 de la Convention Election de for peut être réalisée au moyen de la même règle de priorité que nous avons envisagée ci-dessus (cf. *supra* B.IV.) :

« La Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for l'emporte sur la présente Convention dans les relations entre les Etats parties aux deux Conventions. »

Cette règle donne en effet clairement la priorité à la Convention Election de for sur la Convention Jugements, dans l'hypothèse où la question entre dans le champ d'application de la Convention Election de for. Tel est le cas, en matière d'accord non exclusif d'élection de for, uniquement si les deux Etats concernés ont fait la Déclaration de l'article 22 de la Convention Election de for.

En revanche, dans les trois situations suivantes, la Convention Election de for ne peut pas s'appliquer en présence d'un jugement rendu sur la base d'un accord non exclusif d'élection de for :

1. La reconnaissance et l'exécution d'un jugement est requise auprès d'un Etat n'ayant pas procédé à la Déclaration de l'article 22 de la Convention Election de for.
2. L'Etat requis a fait la Déclaration de l'article 22 de la Convention Election de for, mais pas l'Etat d'origine de la décision.
3. Ni l'Etat d'origine de la décision ni l'Etat requis n'a fait la Déclaration de l'article 22 de la Convention Election de for.

Dans ces trois situations, la question de l'application de la future Convention Jugements se posera. Compte tenu du fait que la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus sur la base d'un accord d'élection de for non exclusif soulève des difficultés en termes de procédures parallèles, il serait envisageable de compléter les dispositions de la future Convention Jugements en prévoyant des motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution y relatifs (art. 5 (1) Projet de texte préliminaire). Si l'on souhaite conserver une cohérence entre les deux instruments, l'article 22 paragraphe 2 de la Convention Election de for pourrait servir de modèle à la rédaction de cette disposition, par exemple sous la forme suivante :

*« 1. La reconnaissance ou l'exécution peut être refusée si :
[...]*

f) le tribunal d'origine était désigné dans un accord non exclusif d'élection de for, et

- *il existe un jugement d'un autre tribunal devant lequel des procédures pourraient être engagées conformément à l'accord non exclusif d'élection de for, ou il existe une procédure pendante entre les mêmes parties devant un tel autre tribunal ayant le même objet ou la même cause, et*
- *le tribunal d'origine n'était pas le premier tribunal saisi. »*

Une telle règle supposerait que la future Convention Jugements conserve le même système de priorité que celui prévu dans la Convention Election de for. On relèvera à ce sujet que l'article 22 paragraphe 2 de la Convention Election de for ne traite pas de la question d'une procédure pendante dans l'Etat requis (sauf si cet Etat est l'un de ceux choisis dans l'accord non exclusif d'élection de for), question qu'il pourrait être utile de traiter dans le cadre de la future Convention Jugements.²¹

D. Articulation entre les deux instruments en cas d'accord exclusif d'élection de for suivi d'une acceptation tacite de compétence

Alors que les parties ont désigné, pour connaître des litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, exclusivement les tribunaux d'un Etat X, il est envisageable que l'une d'elles saisisse un tribunal d'un Etat Y. Dans l'hypothèse où le défendeur comparait devant cette juridiction et procède au fond sans contester la compétence, il est à se demander si la reconnaissance et l'exécution du jugement rendu par ce tribunal de l'Etat Y se fera sur la base de la Convention Election de for ou de la future Convention Jugements.

Après un bref rappel des travaux effectués à ce jour par la Conférence de La Haye concernant l'acceptation tacite de compétence (D. I), nous analyserons la question notamment à la lumière de la Convention Election de for (D. II) et de la future Convention Jugements (D. III).

D. I. Acceptation tacite de compétence

Notons que dans le cadre des travaux pour la préparation de la Convention Exécution de 1971, l'acceptation tacite de compétence ne figurait pas parmi les cas de refus de reconnaissance et d'exécution, mais plutôt dans le catalogue des compétences. En effet, l'avant-projet de convention du 8 mars 1963²² comportait une règle sur la prorogation tacite de compétence. Celle-ci figurait à l'article 9 point 4 (après le point 3 qui concernait le for contractuel exprès et écrit) qui disposait :

« La juridiction dont émane la décision étrangère sera considérée comme compétente dans le sens de la présente Convention : [...] »

4. Lorsque le défendeur a procédé au fond, sans décliner la compétence de l'autorité d'origine ou faire des réserves sur ce point ».

²¹ Voir à ce sujet le Document de réflexion sur la litispendance dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution (en cours de préparation par le Bureau Permanent).

²² Doc. pré. No 4, *in* Conférence de La Haye (édit.), Actes et documents de la Session extraordinaire du 13 au 26 avril 1966, pp. 21-23.

La Commission spéciale²³ avait marqué à l'unanimité son accord pour que pareille comparution soit considérée comme exprimant la volonté de proroger le for, à condition, bien entendu, que la partie comparante se soit défendue au fond sans faire de réserves.²⁴

Cependant, dans l'avant-projet de convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale et l'exécution des actes authentiques du 13 avril 1966²⁵, les règles de prorogation de compétence font l'objet d'une section à part entière (section 6) comprise dans le titre II sur la compétence. Celle-ci comporte deux articles qui portent respectivement sur l'accord exprès (écrit ou verbal) d'élection de for (article 17) et sur la prorogation tacite de compétence par comparution volontaire du défendeur (article 18). L'article 18 disposait :

« Outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions de la présente Convention, le juge d'un Etat contractant devant lequel le défendeur comparait est compétent. Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour seul objet de contester la compétence ou s'il existe une autre juridiction exclusivement compétente en vertu de l'article 16. »

Dans le projet de convention accompagnant l'acte final de la Session extraordinaire du 26 avril 1966²⁶, les règles de prorogation tacite de compétence sont prévues à l'article 10 point 6 du chapitre II sur les conditions de la reconnaissance et de l'exécution des jugements :

« [Le tribunal de l'Etat requis est considéré comme compétent au sens de la Convention] lorsque le défendeur a procédé au fond sans décliner la compétence du tribunal d'origine ou faire de réserves sur ce point ; toutefois, cette compétence ne sera pas reconnue si le défendeur a procédé au fond pour s'opposer à une saisie ou en obtenir la mainlevée, ou si le droit de l'Etat requis s'oppose à cette compétence à raison de la matière ».

Le rapport explicatif de M. Ch. N. Fragistas²⁷ explique que des doutes furent exprimés sur le point de savoir si cette compétence était justifiée ou non. Il fut soutenu notamment que le fait que le défendeur n'a pas soulevé devant le tribunal d'un Etat, qui prétend posséder une compétence internationale, l'exception d'incompétence ne prouve pas toujours sa volonté de se soumettre à la compétence internationale de cet Etat. Soulever l'exception d'incompétence internationale devant un juge qui d'après sa propre loi se considère comme compétent n'est pas toujours sans conséquences fâcheuses et peut placer le

²³ Cette Commission spéciale a siégé à La Haye du 12 au 22 juin 1962 et du 26 février au 7 mars 1963 ; elle était présidée par M. A. Huss, Vice-président de la Cour Supérieure de Justice de Luxembourg.

²⁴ Sur les critiques des différentes délégations, voir Doc. prélim. No 5, in Conférence de La Haye (édit.), Actes et documents de la Session extraordinaire du 13 au 26 avril 1966, pp. 51-65, spéc. pp. 57 et 62.

²⁵ Voir Document de travail No 29, in Conférence de La Haye (édit.), Actes et documents de la Session extraordinaire du 13 au 26 avril 1966, pp. 167-171.

²⁶ Voir Acte final de la Session extraordinaire, in Conférence de La Haye (édit.), Actes et documents de la Session extraordinaire du 13 au 26 avril 1966, pp. 348-358.

²⁷ FRAGISTAS CH. N., Rapport explicatif de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, in Conférence de La Haye (édit.), Actes et documents de la Session extraordinaire du 13 au 26 avril 1966, pp. 377-378.

défendeur « en mauvaise posture ». Mais malgré ces doutes, la compétence fondée sur l'acceptation tacite de compétence fut maintenue avec deux exceptions atténuant sa portée.

L'article 10 de la Convention Exécution de 1971 prévoit ainsi que :

« Le tribunal de l'Etat d'origine est considéré comme compétent au sens de la Convention : [...] 6. Lorsque le défendeur a procédé au fond sans décliner la compétence du tribunal d'origine ou faire de réserves sur ce point ; toutefois, cette compétence ne sera pas reconnue si le défendeur a procédé au fond pour s'opposer à une saisie ou en obtenir la mainlevée, ou si le droit de l'Etat requis s'oppose à cette compétence à raison de la matière. »

Par ailleurs, dans le cadre du projet des Jugements, l'avant-projet de 1999 comportait la règle de compétence directe suivante concernant l'acceptation tacite de compétence²⁸ :

*« 1. Sous réserve de l'article 12, est compétent le tribunal devant lequel le défendeur procède au fond sans contester la compétence.
2. Le défendeur a le droit de contester la compétence du tribunal au plus tard au moment de sa première défense au fond. »*

Cependant, des préoccupations furent exprimées selon lesquelles, dans une convention mixte, une telle disposition favoriserait le contentieux. Cela a conduit à la suppression du projet d'article 5 et à l'introduction de l'article 4 paragraphe 3 dans le texte de 2001 :

« Article 4

[...] (3) Lorsque le défendeur accepte expressément la compétence d'un tribunal d'un Etat contractant et que cette acceptation est [par écrit ou constatée par écrit], ce tribunal est compétent ».

On relèvera qu'il s'agit d'une règle de compétence directe qui visait notamment à protéger l'autonomie de la volonté en cas d'accord d'élection de for conclu en cours de procédure.²⁹

D. II. L'acceptation tacite de compétence dans la Convention Election de for

Il ressort de l'analyse de la Convention Election de for que l'hypothèse de la reconnaissance et l'exécution d'un jugement rendu par un tribunal non choisi par accord entre les parties, alors que le défendeur a quand même comparu et procédé au fond sans contester la compétence, n'est pas couverte par la Convention. En effet, l'article 8 qui gouverne la reconnaissance et l'exécution des jugements aux fins de la Convention Election de for ne s'applique que pour les jugements provenant des tribunaux désignés dans un accord exclusif d'élection de for au sens de l'article 3 de la Convention.

Aux termes de l'article 3 let. c de la Convention Election de for, un accord exclusif d'élection de for doit être conclu ou documenté : « i) par écrit ; ou ii) par

²⁸ Pour plus de développements sur la question, voir SCHULZ A., *supra* note 10, para. 38-39, p. 62.

²⁹ SCHULZ A., *supra* note 10, para. 40, pp. 63-64.

tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement ». Un accord tacite sur la base de la comparution volontaire du défendeur ne relève donc pas de la Convention Election de for.

D. III. L'acceptation tacite de compétence dans la future Convention Jugements

1. Modification possible afin de prendre en considération l'acceptation tacite de compétence

Dans la version actuelle de future Convention Jugements, l'article 5 Projet de texte préliminaire prévoit les cas de refus de reconnaissance et d'exécution des jugements. Cet article ne prévoit pas le cas où le tribunal saisi est incompétent mais que le défendeur a quand même procédé au fond sans contester la compétence ou émettre des réserves sur ce point.

L'article 5 paragraphe 2 Projet de texte préliminaire prévoit que « la reconnaissance ou l'exécution peut également être refusée si la procédure devant le tribunal d'origine était contraire à un accord d'élection de for [reconnu par la loi de l'Etat requis] [...] ». Cette disposition peut-elle s'appliquer à l'hypothèse de l'acceptation tacite de compétence ? La question se pose, dès lors que l'article 5 paragraphe 2 Projet de texte préliminaire mentionne un « accord d'élection de for » (« *agreement* » dans la version anglaise), sans distinguer selon que celui-ci a un caractère exprès ou tacite. Cela pourrait donc viser également la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu sur la base d'une acceptation tacite de compétence. Toutefois, telle qu'elle est rédigée, cette disposition vise en réalité l'hypothèse inverse, à savoir celle où le tribunal qui a statué n'est pas celui choisi par accord entre les parties. L'article 5 paragraphe 2 du Projet de texte préliminaire a donc pour but de permettre de refuser la reconnaissance ou l'exécution lorsque le tribunal d'origine n'est pas celui qui a été choisi par les parties. Cette disposition n'est par conséquent pas applicable lorsque le tribunal d'origine est celui qui a été choisi par les parties au moyen d'un accord tacite.

Par ailleurs, l'article 5 paragraphe 3 let. d Projet de texte préliminaire dispose que :

« 3. La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être également refusée s'il ne respecte pas les exigences d'aucune des dispositions suivantes : [...] d) [le défendeur] [la personne contre laquelle le jugement a été rendu] a expressément consenti à la compétence du tribunal d'origine au cours de la procédure dans laquelle le jugement a été rendu. »

Cette disposition ne vise pas non plus le cas de l'acceptation tacite de compétence, puisque le défendeur doit avoir *expressément* consenti à la compétence du tribunal d'origine.

Partant, la future Convention Jugements ne régit pas – à ce stade du projet – la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus en cas d'acceptation tacite de compétence. La reconnaissance et l'exécution de tels jugements est néanmoins possible sur la base des règles de compétence internationale indirecte internes de l'Etat requis (art. 5 (3) let. b du Projet de texte préliminaire).

Pour que la reconnaissance et l'exécution de tels jugements puisse être régie par la future Convention Jugements, il suffirait de modifier l'article 5 paragraphe 3 let. d du Projet de texte préliminaire en supprimant le mot « expressément » (« *expressly* » dans la version anglaise) et, éventuellement compléter le texte par une référence à la comparution du défendeur (dans une deuxième phrase) :

« 3. La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être également refusée s'il ne respecte pas les exigences d'aucune des dispositions suivantes : [...] d) [le défendeur] [la personne contre laquelle le jugement a été rendu] a consenti à la compétence du tribunal d'origine au cours de la procédure dans laquelle le jugement a été rendu. La comparution du défendeur vaut acceptation de la compétence, sauf si la comparution a uniquement pour objet de contester la compétence. »³⁰

2. Rapports de la règle proposée avec l'article 5 paragraphe 2 du Projet de texte préliminaire

L'insertion de la modification de l'article 5 paragraphe 3 let. d énoncée ci-dessus, de manière à inclure l'acceptation tacite de compétence, soulève la question des rapports de cette règle avec l'article 5 paragraphe 2 du Projet de texte préliminaire de Février 2015. En effet, un jugement qui serait rendu sur la base d'une acceptation tacite de compétence peut être en violation avec un accord d'élection de for convenu précédemment entre les parties. Or l'article 5 paragraphe 2 du Projet de texte préliminaire prévoit que la violation d'un accord d'élection de for est un motif de refus de reconnaissance et d'exécution des jugements. Par conséquent, faut-il donner la priorité à l'accord d'élection de for ou à l'acceptation tacite de compétence (qui est par hypothèse postérieure) ?

Une solution qui pourrait être envisageable serait d'admettre la primauté de l'acceptation tacite de compétence sur l'accord d'élection de for. Cela pourrait être justifié par le principe de l'autonomie des parties. En effet, du fait de ce principe, la conclusion par les parties d'un accord d'élection de for ne leur empêche pas de se soumettre, par la suite, volontairement à la compétence d'une juridiction autre que celle figurant dans l'accord d'élection de for. En comparaisant devant un tribunal autre que celui choisi sans contester la compétence, le défendeur consent à la compétence de ce tribunal. Par conséquent, il y a un nouvel accord des parties quant à la compétence de ce tribunal, qui remplace le précédent.

Cette position est la même que celle de la Cour Européenne de Justice dans l'arrêt *Elefanten Schuh v. Jacqmain* du 24 juin 1981³¹ (il s'agissait de l'article 18 de la Convention de Bruxelles de 1968). Dans cet arrêt, la Cour donna primauté à l'acceptation tacite de compétence sur un accord antérieur d'élection de for du fait du principe de l'autonomie de la volonté. La primauté de l'acceptation tacite a été ensuite maintenue dans le régime de l'UE, à présent l'article 26 du Règlement Bruxelles Ibis.

³⁰ Pour d'autres possibles formulations, voir l'Annexe II du présent document.

³¹ Case 150/80 (1981) ECR 1671, 1700. Voir aussi *Hannelore Spitzley v. Sommer Exploitation SA*, Case 48/84 (1985) ECR 787, 800.

Le même principe est aussi reconnu sur d'autres continents, par exemple en droit australien³², ghanéen³³, sud-africain³⁴, indien³⁵ et chinois³⁶. Cette solution semble correspondre à celle retenue par la jurisprudence aux Etats-Unis où il est admis que la comparution du défendeur, soit en personne, soit par son avocat³⁷, constitue une base de compétence de la juridiction saisie.³⁸ Il y a toutefois une exception lorsque le défendeur comparait dans le but de contester la compétence de la juridiction : cette comparution ne vaut pas acceptation tacite de compétence³⁹, surtout en cas de *special appearance* (comparution du défendeur uniquement dans le but de contester la compétence de la juridiction).

Sur la base de ce qui précède, la question se pose de savoir s'il serait souhaitable ou non d'insérer dans la future Convention Jugements une disposition spécifique en vertu de laquelle l'acceptation tacite de compétence remplace un accord antérieur d'élection de for. Cette disposition serait utile en particulier pour régler le cas où le jugement à reconnaître provient d'un tribunal autre que celui choisi par les parties dans le cadre d'un accord – exclusif ou non – d'élection de for. Pour ce faire, il serait envisageable, par exemple, d'introduire à l'article 5 paragraphe 2 du Projet de texte préliminaire une réserve relative à l'application du paragraphe 3 let. d.

³² *Boyle v. Sacker* (1888) 39 Ch D 249 : « (...) steps taken with knowledge of an irregularity, with a view to defending the case on the merits will waive irregularities in the institution or service of proceedings, since they could only usefully be taken on the basis that the proceedings were valid (...) ». Voir DAVIES M., BELL A. S., BRERETON LE GAY P., Nygh's conflict of laws in Australia, Sydney 2010, p. 63.

³³ *Polimex v. BBC Builders and Engineers Co. Ltd* (1968) GLR 168; *Moubarak v. Holland West Afrika Lijn* (1953) 14 WACA 262, cités dans FRIMPONG OPPONG R., Private international law in commonwealth Africa, New York 2013, p. 49.

³⁴ *Hay Management Consultants (Pty) Ltd v. P3 Management Consultants (Pty) Ltd* 2005 (2) South Africa Law Reports 522; *Van der Walt Business Brokers (Pty) Ltd v. Budget Kilometers* 1999 (3) South Africa Law Reports 1149; *Du Preez v. Philip-King* 1963 (1) South Africa Law Reports 801; *Blue Continent Products (Pty) Ltd v. Foroya Banki PF* 1993 (4) South Africa Law Reports 563, cités dans FRIMPONG OPPONG R., *supra* note 33, pp. 79-80.

³⁵ *Rama Iyer (died) Lakshmana Iyer v. Krishna Pattar*, 1915, MLJ 148, cité dans GOVINDARAJ V. C., The conflict of laws in India, inter-territorial and inter-personal conflict, New Delhi 2011, pp. 26-27.

³⁶ Art. 127 paragraphe 2 du Code de procédure civile de la République populaire de Chine: « *If the parties fail to put in any objection to the jurisdiction and submit defense, the people's court shall be deemed to have jurisdiction over the case unless the case falls under the jurisdiction of another level or to exclusive jurisdiction* ». Cet article s'applique aussi aux situations de droit international privé aux fins de l'art. 259 de la même loi qui dispose : « (...) *Where it is not covered by the provisions of this Part [ie. Part IV. Special Provisions for Civil Procedures of cases involving foreign element], other relevant provisions of this Law shall apply* ».

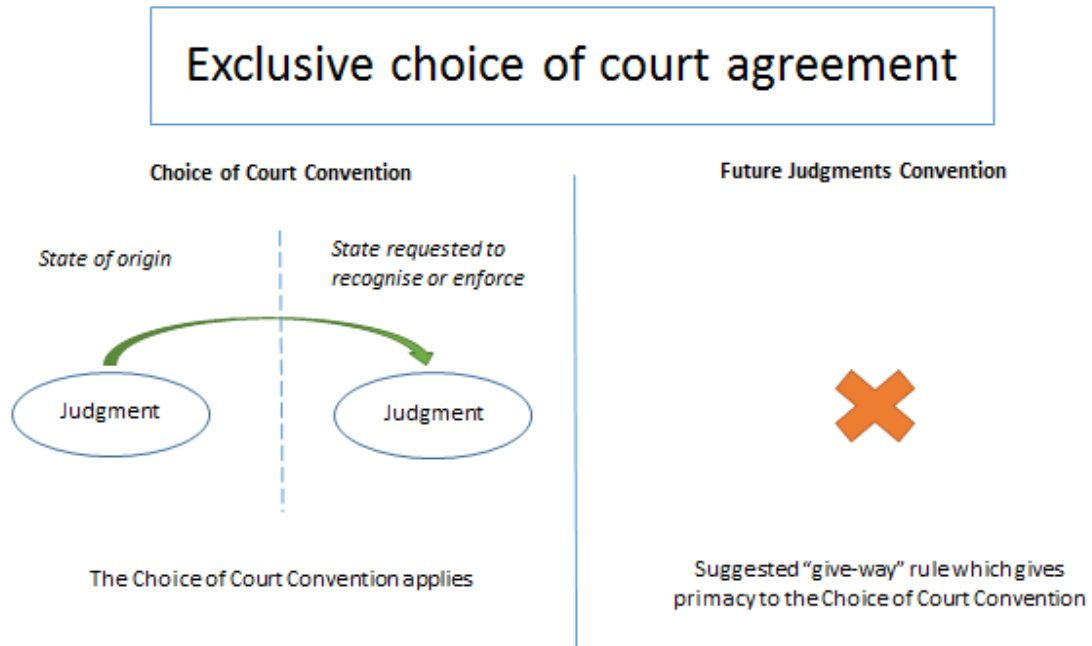
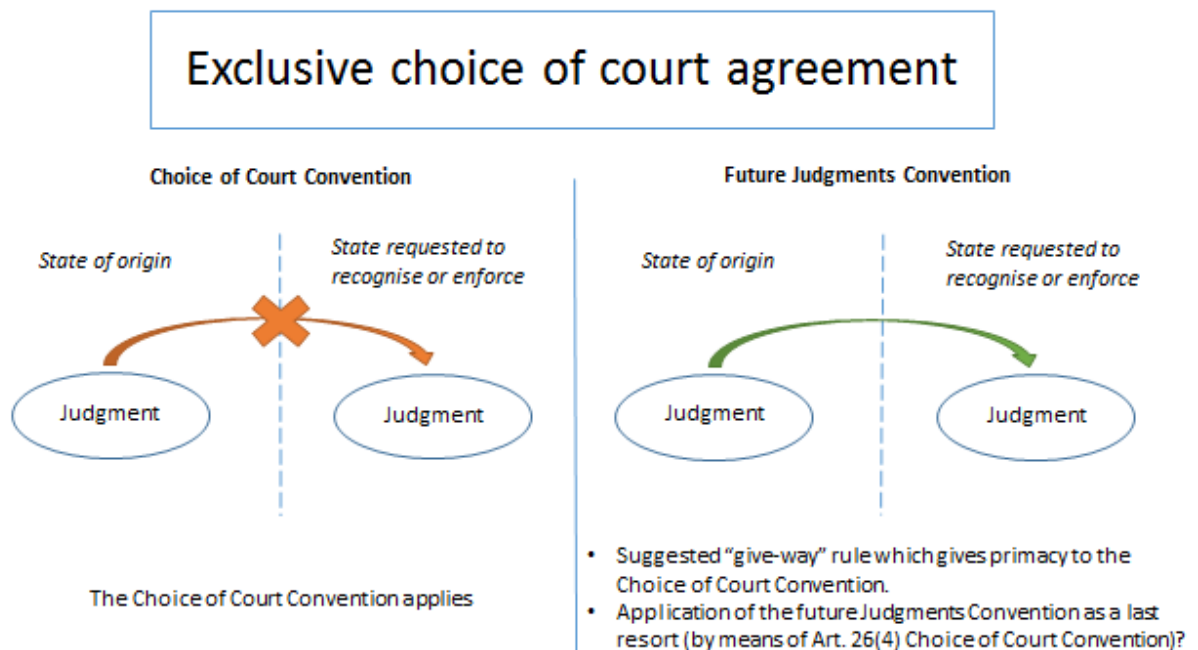
³⁷ *Oswalt Ind., Inc. v. Gilmore*, 297 F. Supp. 307 (D.Kan.1969).

³⁸ *Vilas v. Plattsburg and M. R. R.*, 123 N.Y. 4440, 25 N.E. 941 (1890).

³⁹ *Michigan Cent. R. R. v. Mix*, 278 U.S. 492, 49 S.Ct. 207, 73 L.Ed. 470 (1929); *Cain v. Commercial Publishing Co.*, 232 U.S. 124, 34 S. Ct. 284, 58 L.Ed. 534 (1914); *Golday v. Morning News*, 156 U.S. 518, 15 S.Ct. 559, 39 L.Ed. 517 (1895). Voir aussi dans une affaire où la comparution volontaire fut considérée comme renonciation à la convention d'arbitrage: *Anna Dockeray v. Carnival Corporation*, U.S. District Court, Southern District of Florida Miami Division, 2010, 10-20799: « *[a] party that substantially invokes the litigation machinery prior to demanding arbitration may waive its right to arbitrate. Waiver occurs where a party substantially participates in litigation to a point inconsistent with an intent to arbitrate and this participation results in prejudice to the opposing party* » (citant *Hodgson v. Royal Caribbean Cruises, Ltd.*, 990 So. 2d 1074, Fla. Dist. Ct. App. 2008).

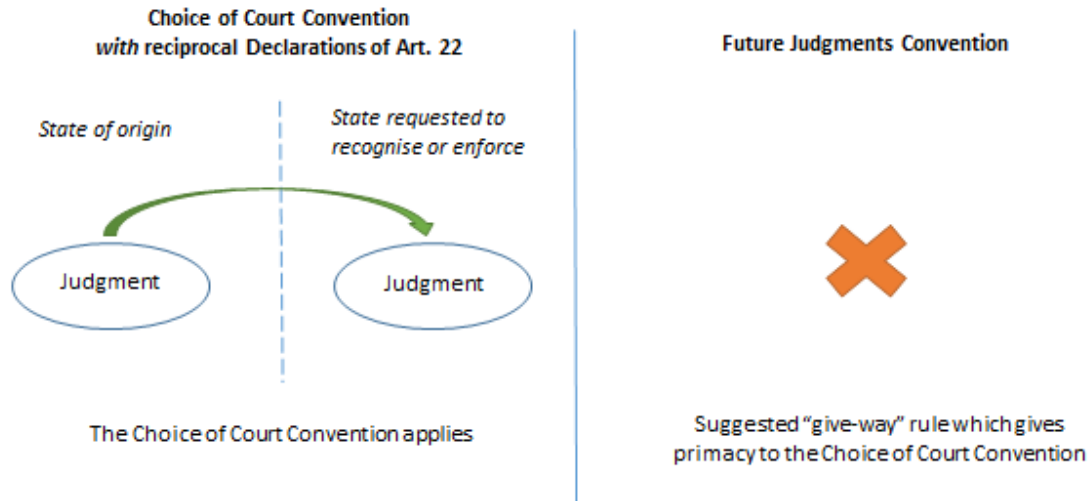
ANNEX I

RELATIONSHIP BETWEEN THE FUTURE JUDGMENTS CONVENTION AND THE CHOICE OF COURT CONVENTION (SCHEME)

Hypothesis 1:Hypothesis 2:

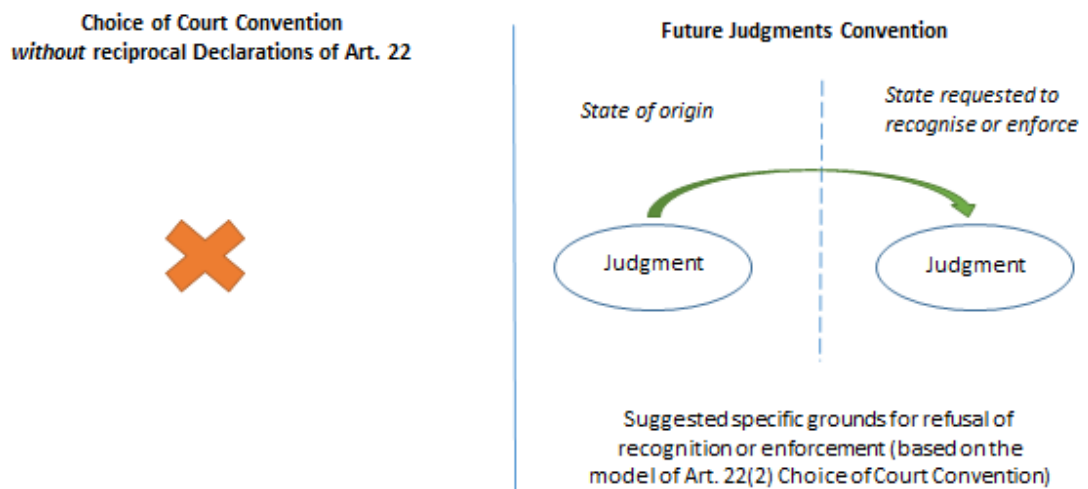
Hypothesis 3:

Non-exclusive choice of court agreement



Hypothesis 4:

Non-exclusive choice of court agreement

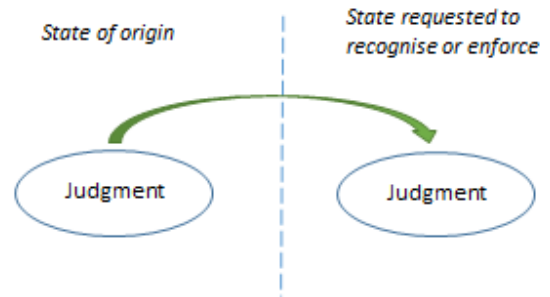


Hypothesis 5:**(Non)-exclusive choice of court agreement followed by implied consent to jurisdiction**

Choice of Court Convention



Future Judgments Convention



Suggested amendment of Draft Art. 5(2) and 5(3)d)

ANNEX II

RULES ON IMPLIED CONSENT TO JURISDICTION IN DIFFERENT INSTRUMENTS ON RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS

I. Hague Conference instruments	
Documents/Convention	Provisions
<i>Draft Convention of 8 March 1963 on the recognition and the enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters (adopted by the Special Commission on recognition and enforcement of foreign judgments)</i>	<p>Article 9</p> <p>The jurisdiction from which the foreign decision has come shall be considered as having jurisdiction in the sense of this Convention- [...]</p> <p>4. If the defendant has argued the merits without challenging the jurisdiction of the authority of origin or making reservations on this point.</p>
<i>Draft Convention of 26 April 1966 on the recognition and the enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters</i>	<p>Article 10</p> <p>The court of the State of origin shall be considered to have jurisdiction for the purposes of this Convention - [...]</p> <p>6. if the defendant has argued the merits without challenging the jurisdiction of the court or making reservations thereon; nevertheless such jurisdiction shall not be recognized if the defendant has argued the merits in order to resist the seizure of property or to obtain its release, or if the recognition of this jurisdiction would be contrary to the law of the State addressed because of the subject-matter of the dispute.</p>
<i>Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters</i>	<p>Article 10</p> <p>The court of the State of origin shall be considered to have jurisdiction for the purposes of this Convention – [...]</p> <p>(5) if, by a written agreement or by an oral agreement confirmed in writing within a reasonable time, the parties agreed to submit to the jurisdiction of the court of origin disputes which have arisen or which may arise in respect of a</p>

	<p>specific legal relationship, unless the law of the State addressed would not permit such an agreement because of the subject-matter of the dispute;</p> <p>(6) if the defendant has argued the merits without challenging the jurisdiction of the court or making reservations thereon; nevertheless such jurisdiction shall not be recognised if the defendant has argued the merits in order to resist the seizure of property or to obtain its release, or if the recognition of this jurisdiction would be contrary to the law of the State addressed because of the subject-matter of the dispute.</p>
<p><i>Preliminary draft Convention of 30 October 1999 on jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters</i></p>	<p>Article 5 – Appearance by the defendant</p> <p>11. Subject to Article 12, a court has jurisdiction if the defendant proceeds on the merits without contesting jurisdiction.</p> <p>22. The defendant has the right to contest jurisdiction no later than at the time of the first defense on the merits.</p>
<p>II. Other instruments and legislations</p>	
<p>Instruments</p>	<p>Provisions</p>
<p><i>Council regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters</i></p>	<p>Article 24</p> <p>Apart from jurisdiction derived from other provisions of this Regulation, a court of a Member State before which a defendant enters an appearance shall have jurisdiction. This rule shall not apply where appearance was entered to contest the jurisdiction, or where another court has exclusive jurisdiction by virtue of Article 22.</p>
<p><i>Council regulation (EU) No 1215/2012 of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)</i></p>	<p>Article 26</p> <p>1. Apart from jurisdiction derived from other provisions of this Regulation, a court of a Member State before which a defendant enters an appearance shall have jurisdiction. This rule shall not apply where appearance was entered to contest the jurisdiction, or where another court has exclusive jurisdiction by virtue of Article 24.</p> <p>2. In matters referred to in Sections 3, 4 or 5 where the policyholder, the insured, a beneficiary of the insurance contract, the injured party, the consumer or the</p>

	employee is the defendant, the court shall, before assuming jurisdiction under paragraph 1, ensure that the defendant is informed of his right to contest the jurisdiction of the court and of the consequences of entering or not entering an appearance.
<i>Lugano Convention of 21 December 2007 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters</i>	Article 24 Apart from jurisdiction derived from other provisions of this Convention, a court of a State bound by this Convention before which a defendant enters an appearance shall have jurisdiction. This rule shall not apply where appearance was entered to contest the jurisdiction, or where another court has exclusive jurisdiction by virtue of Article 22.
<i>Riyadh Arab Agreement for Judicial Cooperation of 6 April 1983</i>	Article 28 Jurisdiction of the courts of the contracting party where the judgement is made. Except in the cases provided for in Articles 16 and 27 of this Agreement, the courts of the contracting party where the judgement was made shall be considered to have jurisdiction in the following cases: [...] (f) If the defendant made a defence in the substance of the case without raising a plea of non-jurisdiction of the court before which the dispute was brought.
<i>International Law Association: Leuven / London Principles on declining and referring jurisdiction of July 2000</i>	Referral Procedure in the Originating Court 5.3 The parties and the originating court are encouraged to consider appropriate terms of referral. These may deal in particular with: (a) the applicant's submission to the jurisdiction of the alternative court; (b) the terms on which the applicant may assert a defence of limitation or prescription of action in the alternative court.
<i>American Law Institute: 2005 Recognition and enforcement of foreign judgments: Analysis and proposed federal statute</i>	§4. Claim and Issue Preclusion; Effect of Challenge to Jurisdiction in the Court of Origin (c) If the judgment debtor has appeared in the foreign action without challenging the jurisdiction of the rendering court, the judgment debtor or other party

	resisting recognition or enforcement may not challenge the jurisdiction of the rendering court under the law of the state of origin in the proceeding in the United States, but may show that such jurisdiction is unacceptable under § 6.
<i>Canada: 2003 Uniform Enforcement of Foreign Judgments Act (consolidated)</i>	Jurisdiction 8. A court in the State of origin has jurisdiction in a civil proceeding that is brought against a person if [...] (b) as defendant, the person submitted to the jurisdiction of the court by appearing voluntarily.